

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Des Cas
D'OUVERTURE A CASSATION
En Matière Pénale

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera soutenu le Lundi, 26 Octobre 1896, à 9 heures 1/2.

PAR

Albert LIRMIN-LIPMAN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. Le POITTEVIN

Suffragants : { M. PLANIOL
 { M. SALEILLES

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, rue Soufflot, 13

1896



THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Des Cas
D'OUVERTURE A CASSATION
En Matière Pénale

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera soutenu le Lundi, 26 Octobre 1896, à 9 heures 1/2.

PAR

Albert LIRMIN-LIPMAN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL



Président : M. Le POITTEVIN

Suffragants : { M. PLANIOL
 M. SALEILLES

PARIS

A. PEDONE, ÉDITEUR

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS

13, rue Soufflot, 13

1896

A MON PÈRE

A MA MÈRE

DES CAS D'OUVERTURE A CASSATION

EN MATIÈRE PÉNALE

INTRODUCTION

Lorsque l'Assemblée Constituante substitua à l'ancienne législation qui régissait la France une législation nouvelle, la nécessité d'un Tribunal suprême, chargé de veiller sur la stricte application de la loi se fit sentir : ce fut l'objet du décret du 27 novembre — 1^{er} décembre 1790, qui créa le Tribunal de Cassation.

Une double préoccupation répondait à cette création : Maintenir l'unité de jurisprudence sur l'ensemble du territoire, et forcer le juge au respect de la loi par la menace de l'anéantissement de la décision qu'il a rendue.

Le pourvoi en cassation est la sanction énergique qui

permet de déférer à la Cour de Cassation tout jugement en dernier ressort qui viole une forme de procédure, une règle de compétence, une disposition de fond de la loi pénale. Les traits caractéristiques de la cassation criminelle se dégagent ainsi nettement des autres voies de recours exceptionnelles, la requête civile (particulière à la procédure civile), et la revision, qui tendent toutes deux à la réparation d'une erreur de fait, tandis que le recours en cassation a pour cause une erreur de droit.

Aussi a-t-on dit fort justement que « la demande en cassation est un nouveau procès bien moins entre les parties, qui figuraient dans le premier, qu'entre l'arrêt et la loi. » (1)

On sait que la Cour de Cassation n'est pas un troisième degré de juridiction : les questions de fait sont souverainement tranchées par les premiers juges, et il ne lui est pas permis de connaître du fond des affaires.

Cette idée que la Cour de Cassation n'est pas une juridiction ordinaire aurait pu faire attribuer l'exercice du recours en cassation au seul représentant du gouvernement, agissant dans un intérêt d'ordre public. Mais c'eût été peut-être méconnaître l'intérêt légitime et essentiel des particuliers en ce qui concerne leur affaire. Aussi a-t-on mieux aimé, tout en laissant au Procureur Général près la Cour de Cassation le droit d'agir de sa propre initiative ou par l'ordre du garde des Sceaux

(1) Henrion de Pansey, *de l'Autorité judiciaire*.

(art. 441, 442 C. inst. crim.) dans l'intérêt de la loi, donner aux parties en cause la faculté de déférer à la Cour de Cassation une décision, qu'elles considèrent comme viciée. N'était-ce pas en outre un moyen pratique d'assurer l'exacte application de la loi pénale que de faire concourir les justiciables au respect qui lui est dû ?

Nous nous proposons ici d'étudier les différentes violations de la loi pénale, qui peuvent faire l'objet d'un recours en cassation.

Examiner dans quelles conditions un pourvoi est recevable, quelles sont les personnes qui ont qualité pour l'intenter, les effets sur les droits respectifs des parties serait une étude intéressante, mais qui sortirait du cadre de cette thèse ; d'ailleurs la théorie de la Cassation dans ses détails, et, envisagée au point de vue de sa formation historique a été déjà faite, et trop approfondie pour que nous puissions songer à nous aventurer à notre tour sur ce terrain déjà si exploré. (1)

C'est pourquoi nous nous bornerons à étudier les différentes violations de la loi que peuvent commettre les tribunaux répressifs dans leur fonctionnement. Nous l'avons déjà dit : Un Tribunal peut méconnaître la loi pénale à trois points de vue : ou bien il franchit les limites de sa compétence, et s'attribue la connaissance d'une affaire, qui régulièrement appartient à un autre Tribunal, ou il viole une forme de procédure substan-

(1) *Origines, conditions et effets de la Cassation*, par E. Chénou, 1882.

tielle, ou bien il transgresse une disposition de fond.

Ces trois causes d'annulation peuvent même se ramener à un type unique : la violation de la loi.

Parmi les textes généraux qui traitent de la Cassation, on trouve le décret du 27 novembre 1790 où il est dit que « le Tribunal de Cassation annulera toutes les procédures dans lesquelles les formes ont été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi (art. 3).

La Constitution du 5 Fructidor an III (art. 255) et, celle du 22 Frimaire an VIII ordonnent l'annulation « des jugements rendus sur les procédures dans lesquelles les formes ont été violées ou qui contiennent quelque contravention expresse à la loi. »

Enfin l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 ajoute que « les arrêts des Cours Impériales quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité ne peuvent être cassés que pour contravention expresse à la loi. »

Il résulte de ces textes que la Cassation est prononcée soit pour contravention à la loi dans les jugements et arrêts, soit pour violation des formes dans la procédure qui les a précédés.

Signalons encore, parmi les dispositions législatives qui ont immédiatement précédé le Code de l'Instruction criminelle, le décret des 16-29 septembre (tit. VIII, art. 23, 24) et l'article 456 du code de Brumaire an IV.

De la combinaison des articles 299, 408, 410, 413, 416 du Code d'Instruction criminelle, 7 de la loi du 20 avril 1810, 504 du Code de Procédure civile, 74 de la loi du

9 juin 1857 et 112 de la loi du 11 juin 1858. (1) Sur les conseils de guerre, nous pouvons tirer les cas de cassation suivants : l'incompétence et l'excès de pouvoir (art. 299, 408, 416, 441, 442 C. inst. crim.), la fausse application de la peine (299, 410, 411 C. I. C.) la contrariété de jugements (art. 504 C. de Proc. civ.), la violation des règles légales sur les exceptions et les preuves, la violation ou l'omission des formes prescrites à peine de nullité (408 C. I. C.), le refus ou l'omission de statuer sur les conclusions ou réquisitions des parties et du ministère public (408 § 2 C. I. C.), la constitution illégale de la Juridiction (art. 7, loi du 20 avril 1810 et art. 299, § 4 C. I. C.) le défaut de publicité des audiences, le défaut de motifs des arrêts (art. 7, loi du 20 avril 1810).

Si l'on analyse cette longue énumération, en faisant une place à part à l'incompétence et à l'excès de pouvoir qui constituent un cas de cassation particulier, on s'aperçoit que toutes ces causes d'annulation se ramènent en définitive soit à la violation d'une forme de procédure, soit à la violation d'une règle de fond du droit pénal ; aussi nous avons adopté dans les développements qui vont suivre une classification tripartite : violation de la loi résultant de l'incompétence et de

(1) Des conseils de Revision exercent aux termes de ces deux lois sur les jugements des conseils de guerre, sauf dans le cas où le pourvoi est formé par un non-militaire pour incompétence ou excès de pouvoir, le même contrôle que la Cour de Cassation sur les juridictions de droit commun.

l'excès de pouvoir, de la méconnaissance des règles de fond, et des formes de la procédure pénale.

A la violation des règles de fond nous avons rattaché la fausse application de la peine, la contrariété de jugements, le défaut de motifs des arrêts, l'infraction aux principes admis en droit pénal sur les exceptions et les preuves ; à la violation des règles de forme : l'omission ou la violation des formes de procédure proprement dites, le refus de statuer sur les conclusions et réquisitions des parties et du Ministère public, la constitution illégale de la juridiction, le défaut de publicité des audiences.

Si le défaut de motifs des jugements et arrêts, la contrariété des jugements la constitution illégale de la juridiction et le défaut de publicité des audiences présentent un caractère mixte et indécis, il nous a semblé qu'en rangeant les deux premières causes d'annulation parmi les cas d'ouverture à cassation tenant à la violation des règles de fond, et les autres, parmi ceux tenant à la violation des formes légales, nous nous laissions guider par leurs affinités respectives.

On voit par cette courte exposition combien est importante la mission de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation : Empêcher que les justiciables ne soient distraits de leurs juges naturels, rétablir les qualifications illégales données aux infractions, assurer l'exacte application de la peine, veiller au fonctionnement du mécanisme délicat de la procédure pénale : Telles sont les différentes interventions de la Chambre criminelle que nous allons maintenant passer en revue.

HISTORIQUE

L'idée moderne de la cassation en matière pénale n'est pas sensible dans les institutions du droit romain et du très ancien droit français. En effet, la faculté pour un tribunal, placé au sommet de la hiérarchie judiciaire, de casser pour violation de la loi les sentences passées en force de chose jugée, est une conception scientifique dont l'évolution a dû nécessairement être très lente.

Le droit romain ne semble pas l'avoir connue. Il est bien question dans la Nouvelle cxix, chap. v, de Justinien d'une voie de recours, appelée *retractatio*, et dirigée contre les sentences des préfets du Prétoire : « Nous déclarons, dit cette Nouvelle, que toutes les fois qu'une sentence des très glorieux préfets d'une région quelconque sera rendue, si par hasard l'un des plaideurs pense être lésé, il aura la liberté d'adresser une demande aux glorieux préfets qui ont rendu la sentence, ou à leurs conseillers. » Mais ce n'est pas là, à proprement parler une demande en cassation. Le plaideur ne s'adresse pas en effet à un tribunal supérieur pour faire annuler la

sentence qui lui porte grief, c'est au juge qui l'a rendue, qu'il en demande la révision. Il s'agit bien plutôt d'une cause de requête civile que d'un véritable recours en cassation.

Un passage de Suétone (1), où celui-ci rappelle que Domitien annula des sentences rendues par les Centumvirs comme entachées de brigue, met bien en relief deux éléments de la cassation, l'annulation d'une décision de justice, passée en force de chose jugée, mais comme ces sentences centumvirales furent cassées pour un fait de vénalité des juges, on ne peut pas dire qu'on se trouve en présence d'une véritable cassation pour violation de la loi. Il est bien plutôt question d'un droit de veto, opposé par l'Empereur à l'exécution d'une sentence émanée du tribunal des Centumvirs.

Une Constitution de Théodose le Jeune (439) accorde aux plaideurs une voie de recours, appelée *supplicatio*, contre les sentences des Préfets du Prétoire dans un délai de deux ans. Mais ce n'est pas une demande en cassation, c'est un véritable appel que les parties portent devant l'Empereur, considéré comme juge suprême.

C'est également le caractère d'appel qu'on retrouve dans les voies de recours, créées par les premiers rois de France. Néanmoins on lit dans une Constitution de Clotaire I^{er}, rendue vers 560 que « si un juge a con-

(1) Domitien, 8, « Plerumque et in foro, pro tribunali, extraordinem, ambitiosas centumvirorum rescidit. (Domitianus).

damné injustement quelqu'un contre la loi, qu'il soit châtié en notre absence par les évêques, afin qu'il ait soin de corriger après un nouvel examen plus attentif, ce qu'il a faussement jugé (1).

L'idée de la cassation s'efface jusqu'à disparaître avec les traditions romaines, au moment où la féodalité se constitue, et où naissent sur l'ensemble du territoire de multiples justices seigneuriales.

Lorsque le pouvoir royal se dégage à nouveau du morcellement de ces petites souverainetés locales, on voit réapparaître l'ancienne *supplicatio* romaine sous la forme d'un appel adressé au souverain : C'est la *supplication au roi*, créée par Saint-Louis (ordonnance de 1261).

Au XV^e siècle, le principe de la cassation commence à se dégager d'une institution, qui va favoriser son développement. Par une ordonnance du 25 mai 1302, Philippe le Bel laissait aux plaideurs la faculté, dans le cas où les arrêts du Parlement présentaient « quelque ambiguïté ou erreur » de rouvrir les débats avec une permission spéciale, émanée du roi. Cette permission s'appela d'abord « lettre de grâce de dire contre arrêt » : Vers 1344 on substitua à cette dénomination l'expression de « lettres de proposition d'erreur » parce que les plaideurs qui les sollicitaient devaient énoncer dans leur requête les propositions d'erreur, c'est-à-dire les griefs qu'ils élevaient contre l'arrêt. Les parties « pouvaient

(1) Clotharii I, regis Constitut. generalis data circa DLX.
(Dom. Bouquet, *Recueil des histor. des Gaules* ; Paris, 1741).

porter l'affaire devant le roi, lequel était chargé comme nous dirions aujourd'hui de rechercher s'il y avait eu violation de la loi, en cas d'affirmative le roi prononçait l'annulation de l'arrêt, et donnait de nouveaux juges aux parties » (1).

Cependant l'ordonnance ne faisait aucune distinction entre les cas où le Roi connaissait de l'affaire, et ceux où le Parlement statuait.

Elle ne s'expliquait pas davantage sur la nature même de l'erreur. Un auteur affirme cependant qu'il fallait « proposer erreur, non de droit, mais de fait » (2).

La lettre de grâce est donc plutôt une ouverture à requête civile qu'une ouverture à cassation. Ceci s'explique aisément. Il était difficile pour le Juge au XIV^e siècle, eu égard au petit nombre, et peut-être même en l'absence de textes en vigueur, de faire une distinction bien nette entre le droit et le fait.

Mais la théorie de la Cassation devait sortir de l'abus même qu'on faisait des lettres de grâce.

Les maîtres des requêtes de l'Hôtel-le-Roi, qui rédigeaient et délivraient les lettres de grâce de dire contre arrêt dépassant les termes de l'ordonnance de 1302, imaginèrent de renvoyer au Conseil du Roi l'examen des affaires les plus délicates. Le Conseil se mit alors à casser les arrêts du Parlement. C'était un empiétement sur les pouvoirs de Cour Souveraine de cette juridiction. De

(1) Glasson, *Nouv. revue. hist. du droit français*, 1881, t. v., p. 410.

(2) Duret, *Traité des peines et amendes*, 1610, p. 42.

nombreux conflits naquirent de cette situation, et, à plusieurs reprises les Rois rendirent des ordonnances pour y mettre un terme. Mais il n'apparaît pas qu'elles furent beaucoup respectées (ordonnance de décembre 1321, édit de 1331, ordonnance de 1342).

A la faveur des déchirements qui signalèrent le règne de Charles VI, le Conseil du Roi ne se contenta plus de casser les arrêts du Parlement, il évoqua les affaires. « Pour entendre ceci, dit Pasquier, il faut savoir que le grand Conseil du Roy du commencement n'était fondé en juridiction contentieuse, car telles matières étaient réservées pour la connaissance de la Cour de Parlement, ains seulement connaissait de la police générale de France, concernant ou le fait de guerres ou l'institution des édits, dont la vérification appartenait au Parlement : Aussi ceux qui avaient la forcê et la puissance par devers eux, pour gouverner toutes choses à leur appétit faisaient évoquer telles choses qu'ils plaissent par devant le Conseil du Roi, qui était composé ou de Bourguignons ou d'Orléanais, selon que les uns ou les autres avaient le crédit en la Cour de Charles VI, qui lors était mal disposé de son bon sens » (1).

L'ordonnance de Montils-lez-Tours (1453), qui réprimait ces abus, n'eut pas plus de succès. Sous Louis XI, les évocations devinrent si nombreuses, que de vives réclamations furent soulevées, et trouvèrent leur écho aux Etats-Généraux, tenus à Tours en 1485.

(1) Pasquier, *Recherches de la France*.

Comme on ne pouvait pas mettre un terme à ces empiétements, on essaya de les réglementer : Une fraction du Conseil du Roi, qui prit le nom de Grand Conseil fut créée pour connaître des évocations. Cette attribution nouvelle fut confirmée le 13 juillet 1498.

L'institution trouvait sa justification et sa raison d'être dans la création des nouveaux Parlements de province ; il y en eut sept en septembre 1501, et jouissant comme celui de Paris du droit de juger en dernier ressort. Souvent sur les mêmes causes les Parlements pouvaient rendre des arrêts contraires, le Grand Conseil intervenait alors pour mettre fin à ce conflit, et cassait l'une des deux sentences. C'est ainsi qu'apparut le premier cas d'ouverture à Cassation : La Contrariété d'arrêts.

A la même époque furent créées les « lettres d'Etat. » C'étaient des ordres adressés aux Cours de Justice d'avoir à suspendre le jugement des affaires relatives à des personnes absentes pour le service du roi. On finit par les délivrer sous le moindre prétexte, et, comme les Parlements résistaient à cette pratique illégale, on cassait leurs arrêts.

Presque simultanément s'établit l'usage des « récusations en masse ». Il arrivait souvent que le Conseil du Roi récusât un Parlement tout entier, saisi d'une affaire.

Le Parlement récusé passait-il outre ? Le Conseil cassait alors l'arrêt, qu'il avait rendu, et évoquait l'affaire. Contrariété d'arrêts, méconnaissance des lettres d'Etat et des récusations, voilà les trois premiers cas d'ouver-

ture à Cassation, qui font leur apparition dans l'ancien droit.

Comme les tendances du Grand Conseil devenaient de plus en plus envahissantes, et que les évocations se multipliaient, François I^{er} rendit pour y obvier le règlement du 18 mai 1529 (1).

La faculté d'évocation en matière criminelle fut retirée au Conseil, mais celui-ci renvoyait l'affaire devant des commissaires qui jugeaient sans appel: « quant aux matières criminelles, là où se trouvera cause de les évoquer voulons qu'elles ne soient évoquées : ains juges commis sur les lieux pour les juger comme par arrest et sans appel. »

Les interventions du Grand Conseil devinrent encore plus fréquentes, lorsque furent institués les Présidiaux par l'Édit de 1551. Aux termes de cet édit les Présidiaux pouvaient juger en dernier ressort. Les Parlements, mal disposés pour ces nouvelles justices s'attribuèrent le droit de statuer en appel sur l'appréciation que ces Tribunaux faisaient de cette compétence. Henri III par sa déclaration du 27 décembre 1574 autorisa les plaideurs à déférer au Grand Conseil les arrêts du Parlement rendus en ces matières. Le Grand Conseil était donc compétent pour casser les arrêts des Parlements, entachés d'incompétence et d'excès de pouvoir.

Après l'établissement du Grand Conseil par Charles VIII (1497) le Conseil du Roi ne s'occupa plus que

(1) Isambert, t. XIII, p. 312 et s.

de matières d'Etat ; la connaissance des autres affaires contentieuses appartient au Grand Conseil. Mais vers 1538, sur l'inspiration du chancelier Poyet, le Conseil du Roi retint à nouveau les affaires des simples particuliers « pour matières mesmement qui se devaient décider dans un chastelet de Paris ou dans une cohue de Rouen » et, par suite sa juridiction fut « grandement enflée de causes » (1).

Il tranchait les questions de compétences concernant la juridiction des prévôts et sénéchaux. (Ordon. du 3 février 1549) les questions se rattachant aux contrariétés d'arrêts et nullités de procédure (Ordon. de 1552.)

Cette pratique fut sanctionnée par le règlement du 11 août 1578 (2).

Le Conseil du Roi fut alors divisé en deux sections. La première sous le nom de Conseil d'Etat connaissait « des matières concernant les finances, le repos, le soulagement et conservation des provinces » ; la deuxième appelée Conseil Privé ou plutôt Conseil des Parties examinait les demandes en cassation formées par les particuliers.

Le Conseil des Parties ne devait pas aux termes de ce règlement connaître du fond des affaires, c'est la première fois que nous voyons se dégager l'idée moderne de la cassation distincte des anciennes voies de recours pour erreur de fait et de l'évocation.

(1) Pasquier, *Recherches de la France*, t. II, chap. 6.

(2) Dans Girard, *Offices de France*, t. I, p. 623.

L'ordonnance de mai 1579 sanctionne le même principe dans son article 92 « Déclarons, dit l'ordonnance, que les arrêts de nos cours souveraines ne pourront être cassés ni rétractés, sinon par les voies de droit qui sont requête civile et proposition d'erreur, et, par la forme portée par nos ordonnances, ni l'exécution d'iceux arrêts suspendue ou retardée sur simple requête à nous présentée en notre Conseil Privé (1).

Et l'article 208 ajoute « Enjoignons à tous nos juges de les garder (les ordonnances) et faire garder exactement, sans y contrevenir ni s'en dispenser, ni modérer les peines contenues en icelles pour quelque occasion, et sous quelque prétexte que ce soit d'équité ou autrement déclarons les jugements, sentences et arrêts, qui sont donnés contre la forme et la teneur d'icelles, nuls et de nul effet et valeur (2) ».

L'Edit de janvier 1597 (art. 7) contenait une disposition semblable à celle de l'ordonnance.

Comment interpréter l'expression « forme donnée par nos ordonnances » sinon comme la reconnaissance d'une voie de recours nouvelle, spéciale, d'une véritable cassation pour erreur de droit parallèle aux voies de recours déjà connues pour erreur de fait : La proposition d'erreur et la requête civile.

Au XVI^e siècle se développe aussi le principe de la cassation dans l'intérêt de la loi. Un règlement du 21

(1) Dans Girard, *Offices de France*, t. I, p. 623.

(2) Isambert, t. XIV, p. 404.

mai 1595 porte que « la connaissance des contraventions qui seraient faites aux édits et ordonnances de sa Majesté en ce qui touche l'Etat et le repos public » était spécialement attribuée au Conseil d'Etat et des Finances. Le Conseil des Dépêches hérita dans la suite du droit de casser les arrêts des cours souveraines par voies d'arrêts dits en commandement. Il s'agissait, en effet, de faire respecter les principes d'ordre supérieur qui touchaient au gouvernement et à la haute administration du royaume. C'était là le véritable recours en annulation pour excès de pouvoir de l'ancienne monarchie.

Au XVII^e siècle la théorie de la cassation ne semble pas progresser : Signalons cependant les protestations des Parlements contre les arrêts de cassation que rendait le Conseil des Parties, dont le Président Lamoignon se faisait l'écho en disant : « Nous remarquons que ce que l'on croit établi pour l'avancement des peuples tourne insensiblement à leur ruine par des longueurs infinies et par des frais plus grands qu'auparavant... L'autorité de ceux que votre Majesté a fait les souverains dispensateurs de la justice est tellement avilie que leurs arrêts sont cassés sur la plainte d'un chicaneur, qui veut éluder le jugement de sa cause... le nom d'arrêts du premier Parlement de France que les étrangers révèrent et prennent pour modèle de leurs lois, ces arrêts que le caractère de la royauté a fait respecter jusqu'à cette heure dans toute la France n'ont plus de force ni d'effet assurés (1).

(1) Cité par Casenave, *Etude sur les Tribunaux de Paris*, 1875, t. I, p. 18.

L'ordonnance de 1667 rendue sous l'inspiration de Colbert n'est qu'un rappel aux principes déjà énoncés. « Déclarons, dit l'art. 8, titre II de l'ordonnance, tous jugements qui seront donnés contre la disposition de nos ordonnances, édits et déclarations, nuls et de nul effet et valeur, etc. »

En même temps on abrogeait la proposition d'erreur, dont les inconvénients et les abus avaient mis en péril l'autorité de la chose jugée elle-même. Elle dégradait la magistrature, dit Henrion de Pansey, en inculpant les juges d'ignorance et de partialité, et, comme elle était fondée sur le motif que le Tribunal avait mal interprété les actes ou mal apprécié les faits, il n'y avait pas de plaideur qui n'attribuât la perte de son procès à l'une ou à l'autre de ces deux causes » (1).

Il faut arriver au XVIII^e siècle pour trouver avec le règlement de 1738 l'organisation complète de la théorie de la cassation criminelle dans l'ancien droit (2).

Ce règlement, élaboré par les deux fils du Chancelier d'Aguesseau, fut publié en 1762 par les soins d'un membre du Conseil, M. de Tholozan. Les parties qui concernent les matières civiles, sont encore actuellement en vigueur.

Nous n'avons pas à analyser les diverses parties de ce règlement, qui traitent des conditions de forme de la recevabilité des pourvois, cela nous ferait sortir du cadre de notre sujet.

(1) Henrion de Pansey, *loc. cit.*, p. 213.

(2) Dalloz, *Répertoire de Législation*, V. Cassation, p. 5.

L'article 1 du titre 4 déclare que les demandes en cassation d'arrêts ou de jugements rendus en dernier ressort seront formées par une requête en forme de vu d'arrêt qui contiendra les moyens de cassation. L'article 6 fait allusion à la formalité de la mise en état pour les accusés demandeurs en cassation.

Le règlement de 1738, si riche en règles de Procédure, est presque muet sur les cas d'ouverture à Cassation. Il n'en donne que deux : La contrariété d'arrêts, émanés de tribunaux différents (titre VI) ; le mal jugé à l'égard des jugements de compétence rendus en faveur des prévôts des maréchaux et des sièges présidiaux (titre V).

Il n'est pas autrement question des cas d'ouverture à cassation en matière pénale. Mais nous pouvons les connaître grâce à deux mémoires rédigés en 1762 sur la demande de Louis XV par deux conseillers d'Etat, MM. Joly de Fleury et Gilbert des Voisins.

Ils furent composés sur les instances des Parlements, qui, mécontents de la facilité avec laquelle le Conseil des Parties cassait leurs arrêts, demandaient qu'on précisât les causes pour lesquelles les décisions des Cours Souveraines soient annulées.

Joly de Fleury met d'abord en relief l'idée de la cassation dans l'ancien droit « on n'écoute, dit-il, que ceux (les moyens de Cassation) qui sont fondés sur une contravention claire et précise aux ordonnances, encore faut-il qu'il soit question d'une disposition importante, car c'est l'intérêt public et le respect de la loi plus que l'intérêt des parties que l'on consulte ; on a toujours tenu comme principe au Conseil que la cassation a été intro-

duite plutôt pour le maintien des ordonnances que pour l'intérêt des justiciables » (1) ce n'est pas tout-à-fait le point de vue moderne, mais cette conception de la cassation, considérée exclusivement comme moyen d'ordre public est intéressante à constater.

Aux deux cas de cassation que nous avons cités plus haut, Gilbert des Voisins ajoute trois autres : La violation des formes de procédure, l'excès de pouvoir et l'incompétence, la contravention aux ordonnances. « Il y a lieu à Cassation, dit Gilbert des Voisins. 1^o Si dans la manière de procéder aux arrêts et dans leur formation il s'est trouvé quelques irrégularités vicieuses, et quelques défauts essentiels, comme si les juges n'étaient pas au nombre requis, ou qu'entre eux il y en eût qui manquassent de caractère ou de pouvoir ; si l'arrêt qui avait passé souffrait dans sa rédaction quelques changements sans l'aveu de tous : si, lorsqu'il y avait partage, on a donné arrêt. Dans ces cas et même d'autres du même genre il faut bien que le roi y pourvoie, et qu'il casse ce qui s'est fait irrégulièrement par des juges qui ne sauraient le réparer, car l'arrêt une fois rendu, et, revêtu de sa forme, il ne leur est plus permis d'y toucher ; et, le faire de leur propre autorité serait le cas le plus marqué de la rétractation d'arrêt, qui leur est sévèrement interdite par les ordonnances. Cette ouverture de cassation est sans difficulté, il faut cepen-

(1) Joly de Fleury, cité par Henrion de Pansey, *Autorité judiciaire*, p. 232.

dant prendre garde de ne pas les admettre trop aisément et avec trop de rigueur, et de ne pas faire dépendre le sort d'un arrêt de la moindre irrégularité, qui s'y pourrait trouver, surtout lorsqu'on n'y voit pas d'intérêt pour la justice.

2^o Lorsque les Cours excèdent leurs pouvoirs, soit en entreprenant sur ce qui est réservé au Roi par la législation pour le règlement de l'ordre public, la dispensation des grâces et des privilèges, et autres choses de ce genre, soit en donnant atteinte aux titres émanés de sa puissance, et revêtus des solennités légitimes; soit en donnant à leur juridiction plus d'étendue qu'elle n'en doit avoir en entreprenant sur celle des autres. Il appartient au Roi d'y mettre ordre par la cassation de leurs arrêts.

3^o La contravention aux ordonnances fait une ouverture qui est regardée comme la principale. En effet, les ordonnances du royaume, publiées et enregistrées dans les Cours, sont pour elles des lois inviolables. Ainsi, la contravention aux ordonnances, pourvu qu'elles ne soient pas tombées en désuétude, comme il arrive, faute d'avoir été pourvu à temps à leur maintien est ordinairement le moyen de cassation le plus clair et le plus précis, et a lieu en toutes sortes de matières soit du fond, soit de la forme, excepté le cas où s'applique la voie de droit de la requête civile. Il faut avouer cependant, qu'entre l'application des ordonnances, pleinement confiée aux Cours, et leur interprétation, la différence est souvent si délicate, que ce serait confondre les Cours Souveraines avec les juges de l'ordre le plus subalterne, et gêner leur con-

duite de trop près contre le bien même de la justice que de prendre à la dernière rigueur ce moyen de cassation. (1) »

Complétons ce tableau de la cassation criminelle dans l'ancien droit par quelques extraits de Denizart. « Les jugements rendus en dernier ressort en matière criminelle, dit-il, peuvent être attaqués par la cassation, à laquelle on a recours, soit parce que le juge, qui a connu de l'affaire était incompétent, soit parce que la procédure est irrégulière, soit enfin parce que le tribunal a prononcé ce que la loi défendait, par exemple, lorsqu'il a ordonné un décret de prise de corps dans le cas où la loi se contente d'un décret moindre; lorsqu'il a instruit à l'extraordinaire, quand la loi veut le renvoi à l'audience, lorsqu'il a prononcé une condamnation plus sévère que celle de la loi » Et, parlant des conséquences de la cassation, il ajoute : « Si le jugement cassé condamnait un accusé à une peine corporelle ou infamante, la confiscation tombe ainsi que toutes les condamnations tant pénales que civiles, et les parties sont renvoyées devant un autre Tribunal. Lorsque la cassation est fondée sur ce que les formalités n'ont pas été observées lors du jugement, ou soit sur ce que les Juges ont prononcé une peine autre ou plus forte que celle prononcée par la loi, on ne renvoie devant le Tribunal que pour juger de nouveau sans autre instruction, puisque celle

(1) Cité par Henrion de Pansey, *Autorité judiciaire*, p. 232. et 235.

qui a été faite est régulière. Mais si la cassation est prononcée, parce que cette instruction était irrégulière, on annule tout ce qui s'est fait depuis cette irrégularité, et, pour recommencer l'instruction, on renvoie devant un Tribunal inférieur sauf l'appel au Tribunal Souverain dont il relève. On l'a ainsi observé dans l'affaire du nommé Laplanche contre le sieur Marot, receveur des tailles à Angoulême, portée à la Cour des Aides: cet accusé ayant obtenu la cassation de l'arrêt de cette Cour sur le motif d'incompétence, (1) l'arrêt de cassation renvoya l'instruction au Châtelet, sauf l'appel au Parlement » (2).

Malgré ce qu'en dit Denizart les recours en cassation à la fin du XVIII^e siècle devaient être assez rares en matière pénale. Outre, qu'il n'était pas à la portée de tous les condamnés de s'adresser à un avocat au conseil pour former un pourvoi, le but de la cassation dans l'ancien droit était moins, comme l'a dit Joly de Fleury, l'intérêt des justiciables que le maintien des ordonnances.

Un grand arbitraire régnait d'ailleurs dans l'ancienne

(1) Sur la Cassation pour incompétence, voir les arrêts du Conseil des 19 août 4 et 9 novembre 1769, cités par Guyot *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, Visse, 1784, V^o Cassation, t. II, p. 742).

(2) Collection des décisions nouvelles et nations relatives à la jurisprudence par Denizart, 1786, Paris, Desaint, V^o Cassation p. 303 n^o 8. Si l'on voulait approfondir les origines de la Cassation criminelle, on pourrait trouver d'utiles renseignements dans la collection de Thoisy, qui se trouve à la Bibliothèque nationale, et comprend cinq volumes relatifs aux arrêts du Conseil.

législation criminelle. Sauf quelques dispositions précises, éparses dans les édits, déclarations et ordonnances, le juge appliquait la peine avec la plus grande fantaisie ; de là l'inutilité du recours pour « contravention aux ordonnances ».

Les pouvoirs pour cause d'incompétence, et pour violation des formes nous paraissent cependant avoir été plus fréquents et plus efficaces.

Dans le règlement de 1738, il est question des jugements rendus en dernier ressort par les Prévôts des Marchands et les Présidiaux.

Les Prévôts des Marchands étaient une juridiction sommaire qui connaissait des infractions commises par les gens sans aveu, vagabonds et récidivistes. (Ordonnance de 1670, titre II, article 3. Déclaration du Roi 1731.) Ils pouvaient prononcer la peine de mort. Leur compétence donnait lieu à une vérification, et, il est probable qu'elle fut souvent discutée.

Quant au recours pour « violation des formes » il fut sans doute l'occasion d'assez nombreux pourvois, car l'ordonnance de 1670 (1), que l'on peut considérer comme le Code d'Instruction criminelle de l'ancien droit, édicte un grand nombre de nullités et les parties devaient tenir à ce que les formalités qu'elle sanctionne, fussent respectées. (Titre II, articles 4, 13, 20 ; titre III, articles 5,

(1) Isambert, *loc. cit.*, t. X, p. 574.

Voir un arrêt du Conseil du 7 janvier 1741 sur l'ordonnance de 1670 rapporté par Rousseau de La Combe. (Traité des matières criminelles, 1788, 4^e partie, p. 73 .

11 ; titre XIV, art. 3 ; titre XVIII, articles 6, 9 ; titre XXVI, articles 3 et 5).

Quoique définitivement formée au XVIII^e siècle, la théorie de la cassation criminelle ne pouvait pas avoir l'importance qu'elle a prise aujourd'hui. Le droit pénal était informe ; le souci de maintenir l'unité de jurisprudence ne pouvait pas exister ; de plus, la faculté d'évocation altérerait la nature de ce recours. Ajoutons que les résistances des Parlements contre les décisions du Conseil enlevaient à ses arrêts de cassation tout le prestige qu'ils auraient pu avoir. C'est la Révolution qui devait donner à la cassation criminelle la vie et l'éclat qui lui ont manqué dans l'ancien droit.

Quand les Etats généraux se furent transformés en Assemblée Constituante, leur premier soin fut de décréter le 2 octobre 1789, que « le Conseil du Roi continuerait provisoirement ses fonctions comme par le passé, à l'exception néanmoins des arrêts de propre mouvement, ainsi que des évocations ou retenues du fond des affaires, lesquelles ne pourraient plus avoir lieu à compter de ce jour (1). » A partir de ce moment, le principe que la Cour de Cassation ne doit jamais s'occuper du fond des affaires était définitivement établi.

Le 22 décembre 1789, Thouret propose à l'Assemblée Constituante au nom du Comité de Constitution, la création d'un tribunal supérieur de cassation « qui, maintenant l'exécution des lois et formes de procédure,

1) Duvergier, *Collection des lois et décrets*, t. I, p. 61.

devait remplacer le Conseil des parties dont la composition avait été calculée pour d'autres temps et pour un autre régime ».

Le 27 novembre, l'Assemblée votait l'établissement d'un tribunal de cassation; la loi fut sanctionnée le 18 décembre 1790. Les décrets concernant les matières criminelles furent rendus les 27, 29 et 30 septembre 1791. Les cas de cassation criminelle étaient aux termes du décret du 16 septembre « la fausse application de la loi, et la violation des formes essentielles dans l'instruction du procès » (titre VIII), art. 23, 24). Un décret en forme d'instruction du 29 septembre 1791 suivit bientôt le premier en le commentant « les demandes en cassation, y est-il dit, ne peuvent être formées que pour cause de nullités prononcées par la loi, soit dans l'instruction, soit dans le jugement ou pour fausse application de la loi » (1).

La Jurisprudence se montra longtemps hésitante à raison même du vague des expressions du décret de 1791, aussi la Convention par un décret du 1^{er} Brumaire an II, mit-elle plus de précision dans l'énumération des cas de cassation criminelle. « Le tribunal de cassation, dit ce décret, ne pourra annuler aucun jugement ni aucun acte d'instruction en matière criminelle pour violation ou omission des formes que dans le cas où la peine de nullité est expressément prononcée par la loi (art. 1^{er}). » « Indépendamment des cas où les lois précédentes assu-

(1) Duvergier, t. III, p. 478.

jettissent expressément à la peine de nullité les formes qu'elles prescrivent, il y a nullité dans les cas suivants :

1° Lorsque le nombre des jurés ou des juges requis par la loi n'est pas complet ;

2° Lorsque le commissaire national ou l'accusateur n'a pas été présent aux actes où la loi exige son intervention ;

3° Lorsque les jurés ont prononcé sur d'autres délits que ceux qui sont portés dans l'accusation ou qu'ils ont omis de prononcer sur quelques-uns de ceux qui y sont portés ;

4° Lorsqu'il n'a pas été appelé de jurés spéciaux dans les affaires déterminées par la loi ;

5° Lorsque les directeurs des Jurés ont divisé en plusieurs actes d'accusation, à l'égard d'un seul et même individu, soit les différentes branches et circonstances d'un même délit, soit les délits connexes dont les pièces se trouvent en même temps portées devant eux ;

6° « Lorsque l'accusé ou son Conseil ayant requis l'exécution d'une formalité quelconque, déterminée par la loi, cette formalité n'aura pas été remplie (1). »

Le décret du 28 ventose, an II, ajoutait les cas suivants :

« Lorsque l'accusateur public ayant requis l'annulation d'un ou plusieurs actes de procédure faits en contravention à la loi, ces actes ont été maintenus par le tribunal criminel (2) (art. 2).

(1) Dalloz, V^o Cassation, p. 27, n^o 1.

(2) Dalloz, *loc. cit.*, p. 18.

Lorsqu'il a été omis par le Tribunal criminel de prononcer sur une réquisition quelconque de l'accusateur public. »

Pour avoir voulu être trop précis, le législateur de l'an II était tombé dans les redites. L'article 456 ou Code du 3 brumaire an IV, quoique aussi prolix que le décret de l'an II sur les cas de cassation criminelle, les coordonne cependant d'une façon plus méthodique.

« Le Tribunal de Cassation, dit ce décret ne peut annuler les jugements des tribunaux criminels que dans les cas suivants :

1^o Lorsqu'il y a eu fausse application de la loi pénale;

2^o Lorsque les formes de procédure prescrites par la loi sous peine de nullité ont été omises;

3^o Lorsque l'accusé ou le Commissaire du Pouvoir exécutif ayant requis l'exécution d'une formalité quelconque, à laquelle la loi n'attache pas la peine de nullité, cette formalité n'a pas été accomplie;

4^o Lorsque le Tribunal criminel a omis de prononcer sur une réquisition quelconque de l'accusé ou du Commissaire du Pouvoir exécutif;

5^o Lorsque, dans le cas où il en avait le droit, le Tribunal n'a pas prononcé les nullités établies par la loi;

6^o « Lorsqu'il y a eu contravention aux règles de la compétence, établies par la loi pour la connaissance du délit, et pour l'exercice des différentes fonctions relatives à la procédure criminelle, ou qu'il y a eu de quel-

que manière que ce soit usurpation de pouvoir (1). »

On voit qu'aux termes du paragraphe 3 de l'article 456, il suffisait que les parties ou le Ministère public réclamaient l'accomplissement d'une formalité quelconque, même non sanctionnée par la nullité, pour que son omission entraînât la cassation (2).

A ces dispositions déjà si nombreuses sur la cassation criminelle, il faut ajouter les art. 77, 80 et 88 de la loi du 27 ventôse, an VIII.

L'article 77 de cette loi permet le recours en cassation pour cause d'incompétence et d'excès de pouvoir aux non-militaires, déférés aux Conseils de guerre, les art. 80 et 88 organisent le pouvoir du Procureur général de la Cour de Cassation dans l'intérêt de la loi et le recours en annulation sur l'ordre du Garde des Sceaux.

L'article 77 a passé dans la rédaction des art. 74 et 112 des Codes de Justice militaire (lois des 9 juin 1857 et 8 juin 1858). Quant aux prescriptions sur le recours en annulation du Procureur général, et le pourvoi dans l'intérêt de la loi, elles se trouvent condensées dans les art. 441 et 442 (Code Inst. crim.).

Tels sont les différents documents législatifs, qui ont abouti à l'élaboration des textes actuellement en vigueur dans l'analyse desquels nous allons maintenant pénétrer.

(1) *Bulletin des Lois*, t. VIII, p. 507.

(2) Confer. art. 408, § 2. C. Inst. crim.

PREMIÈRE PARTIE.

De l'excès de pouvoir et de l'incompétence

CHAPITRE PREMIER

CARACTÈRES DISTINCTIFS DE L'EXCÈS DE POUVOIR ET DE L'INCOMPÉTENCE EN MATIÈRE PÉNALE.

Le fait par un Tribunal répressif d'empiéter sur les attributions d'une autre juridiction constitue le cas de cassation, désigné sous le nom d'incompétence. Cette notion de l'incompétence éveille immédiatement dans l'esprit l'idée d'un excès de pouvoir. Ne serait-il pas possible, à raison des affinités qu'ont entre-elles ces deux idées de dire, que toutes les variétés d'excès de pouvoir se ramènent en définitive à l'incompétence?

« Il est certain que la confusion a été faite : cela est si vrai que Berlier a pu s'exprimer ainsi : « Vous ne trouverez plus l'excès de pouvoir au nombre des nullités, mais cette suppression d'un mot vague, et, qui n'a jamais été bien défini, se trouve éminemment remplacée par le maintien seul de la cause de nullité de l'incompétence, et, s'il convient d'éviter les expressions oiseuses, c'est surtout dans les lois (1) ».

Si l'expression d'excès de pouvoir est vague, l'idée juridique à laquelle elle correspond peut être cependant précisée.

Dans l'ancien droit on avait senti le besoin de faire la distinction entre ces deux notions, et d'après Joly de Fleury, il y avait excès de pouvoir « lorsque les cours empiétaient d'une manière quelconque sur les pouvoirs de l'autorité en intervenant dans des questions soit de gouvernement, soit de législation. » (2) Le législateur de 1808 l'a-t-il complètement abandonné ? Nous ne le croyons pas.

Sans doute on ne trouvera l'excès de pouvoir mentionné en aucun endroit de notre Code d'Instruction criminelle, mais si l'expression a disparu, on a conservé la chose.

L'origine même de ce moyen de cassation en est la preuve : l'article 27 de la constitution de 1791 permet-

(1) Locré, t. XXVII, p. 66.

(2) Mémoire inédit cité par Henrion de Pansey, Autorité judiciaire, p. 232.

tait au ministre de la justice de « dénoncer au Tribunal de cassation par la voie du commissaire du roi, et, sans préjudice du droit des parties intéressées les actes par lesquels les Juges auraient excédé les bornes de leurs pouvoirs. »

La Constitution de l'an III dans ses articles 262 et 263 conférait le même droit au Garde des Sceaux; enfin, les articles 80 et 88 de la loi du 27 Ventôse an VIII se servent à peu près de termes identiques pour parler de ce recours. Aujourd'hui, indépendamment du droit qu'ont les parties lésées par un excès de pouvoir de former un recours en cassation dans leur intérêt particulier, le ministère public de la cour de cassation peut de sa propre initiative ou sur l'ordre du Garde des Sceaux faire annuler toute décision « contraire à la loi » dans un intérêt d'ordre public. Or, ce recours, organisé par les articles 441 et 442 du Code d'Instruction criminelle est absolument calqué sur la loi du 27 Ventôse an VIII, et, la source la plus fréquente d'annulations, qu'autorisent ces deux articles sont justement des excès de pouvoir. » Il nous reste maintenant à préciser cette notion d'excès de pouvoir en droit pénal. Et tout d'abord convient-il de lui donner la portée générale qu'elle a acquise en droit administratif?

Que devant une juridiction administrative on viole une forme substantielle de procédure, que l'on méconnaisse une disposition de fond de la loi, qu'un tribunal administratif se déclare compétent alors qu'il ne l'est pas, ou même qu'un fonctionnaire prenne une mesure dans un but étranger à celui de la loi, et commette ce

qu'on appelle un détournement de pouvoir ; toutes ces décisions, imprégnées d'excès de pouvoir seront annulées par le conseil d'Etat. (1)

Sans donner une pareille extension à la notion d'excès de pouvoir en droit pénal, (2) faut-il dire tout au moins que toute incompétence est un excès de pouvoir ?

Des divergences nombreuses existent sur ce point parmi les auteurs. Merlin, dans une opinion qu'il abandonna par la suite, voyait un excès de pouvoir dans la violation des règles de la compétence ou dans le fait de créer des nullités. Mais il modifia plus tard sa théorie « pour qu'il y ait excès de pouvoir, dit-il, il faut que le juge ait franchi le cercle dans lequel la loi a renfermé le pouvoir qu'elle lui a confié. Il faut qu'il ait ou entrepris sur les fonctions du législateur soit en faisant une loi, soit en défendant qu'une loi soit exécutée, ou entrepris sur les attributions de l'autorité administrative en prenant connaissance des faits et des actes que la loi réserve à cette autorité, ou entrepris sur la compétence d'un autre tribunal en s'arrogeant le droit de juger les justiciables ou de prononcer sur des matières dont la loi l'a institué le juge exclusif.

S'il ne fait rien de tout cela, il peut mal juger, il peut

(1) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative* 1887, 2 vol, t. I p. 17. — Ducrocq, *Cours de droit administratif* 2 volumes, Thorin, 1881, t. II, p. 255.

(2) La liberté d'interprétation étant beaucoup plus large en matière civile qu'en matière pénale, il s'ensuit que les tribunaux auront moins souvent l'occasion de commettre des excès de pouvoir.

trahir ses devoirs, il peut violer la loi, mais il n'excède pas ses pouvoirs, seulement il en fait un mauvais usage. »

Bien que la notion de l'excès de pouvoir se dégage déjà très nettement dans ce passage de Merlin, il ne la distingue pas encore de l'incompétence.

Un autre jurisconsulte (1) fait une distinction entre l'excès de pouvoir, qui est un empiétement du juge sur un domaine qui lui est étranger; l'abus de pouvoir, par lequel il viole la loi et prévarique de ses fonctions, et, l'incompétence, où il statue sur des faits, dont il ne peut connaître, « Point d'excès de pouvoir, dit-il, dans le jugement même le plus inique, le plus incompetent, même le plus illégal toutes les fois qu'il a statué sur une question qui, par sa nature, était judiciaire. »

Si la division tripartite de cet auteur est contestable, le passage que nous venons de citer donne une idée assez nette de l'excès de pouvoir.

Mais c'est dans un rapport présenté à la Cour de Cassation par M. le conseiller Lasagni que sont bien déterminées les nuances qui distinguent l'excès de pouvoir de l'incompétence; bien que cette distinction ait été faite à l'occasion d'une contestation en matière civile, elle peut cependant selon nous s'appliquer au droit pénal. « La Cour de Cassation, dit M. Lasagni, a constamment et avec raison distingué le cas où le tribunal était sorti du cercle de ses attributions en empiétant sur les attributions d'un autre tribunal, de celui où le même tribunal

(1) Henrion de Pansay, *Autorité Judiciaire*, chap. 33.

avait franchi les limites de ses attributions sur celles du pouvoir administratif dans une affaire d'intérêt général. (1) »

Comme on le voit la théorie de l'excès de pouvoir se réfère à des principes d'un ordre supérieur à ceux de l'incompétence. Quand un tribunal se déclare compétent, alors qu'il ne saurait connaître des faits dont il s'empare, il commet une violation de la loi, grave sans doute, car elle peut avoir sa répercussion sur l'honneur, la liberté, le patrimoine de la personne ainsi jugée, mais le Tribunal ne sort pas du cercle dans lequel il a l'habitude de se mouvoir, il rend encore une décision d'un caractère judiciaire. Mais qu'un tribunal se permette dans un jugement d'adresser des injonctions ou des critiques au ministère public, d'apprécier l'attitude ou la conduite d'un témoin, de censurer une loi, et de la trouver injuste ou inapplicable, autant d'excès de pouvoir que le Garde des Sceaux n'hésitera pas à déférer à la Cour de Cassation.

Des décisions ainsi motivées n'ont plus aucun caractère judiciaire, elles violent directement le principe de la séparation des pouvoirs. Ceux qui les ont prises ont méconnu au moment de les rendre, la mission qu'ils ont reçue de la loi; elles sont caractérisées par ce fait que ce n'est plus le magistrat qui a rendu un jugement, mais le citoyen ou l'homme privé; et, qu'en oubliant pour un instant la fonction dont il a l'exercice, il a fait perdre à la décision qu'il a prise le

(1) Rapport sous Cassation, 12 août 1835.

caractère impersonnel et anonyme, que doivent revêtir toutes les sentences, de quelque tribunal qu'elles émanent.

Nous définirons donc l'excès de pouvoir en matière pénale, tout acte illégal, émané d'une juridiction répressive, qui constitue un empiètement sur le domaine législatif, administratif ou gouvernemental ou un refus d'accomplir une mesure prescrite par la loi (1), et l'incompétence, l'acte par lequel un juge statue sur un litige, qui régulièrement aurait dû être soumis à d'autres juges.

(1) Voir un exemple d'excès de pouvoir négatif dans un arrêt du 13 septembre 1832. Cass. 13 septembre (1832 1833. 1. 38.)

CHAPITRE II

DE L'EXCÈS DE POUVOIR.

Après avoir essayé de définir l'excès de pouvoir, il nous reste à parcourir les différentes espèces, qui ont été soumises à la Cour de Cassation pour cette cause d'annulation. Il semblerait tout d'abord que les recours eussent dû être fréquents immédiatement après la promulgation des Codes ; car, les tribunaux répressifs nouvellement institués pouvaient méconnaître la limite de leurs droits. Il n'en est rien : L'excès de pouvoir a été jusqu'à ce jour une source féconde de cassations.

Rappelons, qu'indépendamment du droit qu'ont les parties de déférer à la Cour de Cassation toute décision entachée d'excès de pouvoir qui leur fait grief, le recours est généralement exercé dans un intérêt d'ordre public, soit par le Procureur général près la Cour de Cassation de sa propre initiative, soit sur l'ordre du Garde des Sceaux (441, 442 C. I. C.)

Il est impossible d'énumérer toutes les variétés d'excès de pouvoir, commis par les tribunaux que la Jurisprudence nous a révélées, mais est-il possible de les

classer? C'est ce que nous avons essayé de faire. Elles peuvent selon nous se ramener aux divisions suivantes :

1° Critique des actes des fonctionnaires de l'ordre judiciaire ou administratif ;

2° Injonctions illégales adressées à des inculpés ou à des témoins ;

3° Critique des actes législatifs ;

4° Méconnaissance de la loi, soit en créant une peine non prévue par la législation pénale, soit en omettant ou en refusant d'appliquer une peine existante ;

5° Empiètements des juridictions répressives sur les pouvoirs d'une autre juridiction (1). On remarquera que tous ces cas d'excès de pouvoir peuvent encore se ramener à la notion fondamentale d'atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

SECTION PREMIÈRE

Critique des actes des fonctionnaires de l'ordre judiciaire ou administratif.

Un jugement du tribunal de simple police de Limay, qualifiait ainsi la conduite d'un maire : « Le tribunal ne voit aucune justice, mais bien partialité, haine et pas-

(1) Il y a des cas où l'incompétence prend un tel caractère de gravité qu'elle se transforme en un véritable excès de pouvoir.

sion dans ce fait d'un maire qui écrit lui-même et rédige procès-verbal contre un seul individu, quand tous les autres riverains ou presque tous sont dans le même cas que lui ; attendu que les tribunaux sont institués pour rendre la justice, et non pour autre chose ; Nous, Juge de paix, jugeant en premier ressort, disons que le procès-verbal du 2 février est fait dans des vues vexatoires (1). »

Que les tribunaux soient institués pour rendre la justice, c'est ce qu'on ne contestait pas au juge de simple police de Limay ; mais ce qu'on ne pouvait lui permettre, c'était d'émettre un blâme dans les motifs de son jugement contre un officier de police judiciaire, blâme que le Procureur de la République, son supérieur hiérarchique, pouvait seul lui adresser. La Cour de Cassation a vu avec raison un excès de pouvoir dans le fait par le tribunal de simple police de Limay de s'attribuer une mission, qui ne lui avait pas été confiée par la loi.

Un autre tribunal de simple police s'exprimait ainsi en visant l'autorité municipale « qu'il est difficile de s'expliquer la vigilance active déployée à l'égard de certains contrevenants et la négligence ou l'inertie relevée à l'égard d'autres ayant commis des contraventions plus graves ; que la justice doit être appliquée d'une manière plus uniforme et non pas seulement aux petits contre-

(1) Cass. 13 février 1847 (*Sirey*, 1847. I. 549).

venants (1) ». On conçoit un pareil langage dans la bouche d'un Garde des Sceaux, blâmant l'inertie ou les excès de zèle des Parquets dans la poursuite des infractions, mais émanant d'un Tribunal et contenues dans un jugement, ces appréciations constituent un véritable excès de pouvoir.

Répréhensibles quand elles visent des fonctionnaires, étrangers à l'administration de la justice, les critiques des tribunaux prennent un réel caractère de gravité quand elles s'adressent à des magistrats, peut-être présents à l'audience. Elles mettent en cause le personnel judiciaire, et otent au jugement les caractères d'impartialité et d'équité auxquels se reconnaissent les décisions bien rendues.

C'est ainsi que le Tribunal correctionnel d'Angers, sous prétexte de rechercher, s'il existait des circonstances atténuantes en faveur d'un prévenu s'appropriant dans son jugement une attaque dirigée contre le discours de rentrée d'un membre du Parquet de la Cour. « Attendu, disait le Tribunal, que sans prendre part à une polémique à laquelle il doit et veut rester étranger, le tribunal ne saurait méconnaître que les esprits sages, et que n'agitent en aucune façon les passions politiques ont avec tristesse cru voir dans le discours de M. C...,

(1) Cass. crim. 30 novembre 1888 (*Pandectes Françaises*, 1889. 1. 38) ; — 25 germinal an XI (*Journal du Palais*, 25 Germinal an XI, p. 239) ; — Cass. 23 avril 1835 (S. 1835. 1. 249) — 23 mars 1865 (S. 65. 1. 469) — 17 février 1865 (S. 65. 1. 133) — 19 août 1869 (Dalloz, 1870. 1. 96).

membre du Parquet de la Cour, et dans la façon de défendre l'inamovibilité de la magistrature, cette garantie de l'impartialité des juges donnée aux justiciables, une attaque à cette même inamovibilité et une menace à son existence ; qu'il leur a en outre semblé que ce n'était pas un de ces discours « pour un sujet convenable à la circonstance » qui a été prescrit par l'article 35 de la loi du 6 juillet 1806, etc, » (1)

La Cour de Cassation, saisie sur l'ordre du Garde des Sceaux, annula le jugement pour excès de pouvoir. Que faisait, en effet, le Tribunal ? Il prenait à partie le Ministère Public, discutait le discours de rentrée fait par ce magistrat, et se substituait ainsi au Ministre de la Justice, qui seul aux termes des articles 60 et 61 de la loi d'organisation judiciaire de 1810 peut adresser des blâmes aux membres du Parquet, et excercer au besoin contre eux une action disciplinaire.

Il y avait en outre une atteinte aux règles de la hiérarchie judiciaire, puisque le magistrat mis en cause était un membre du Parquet de la Cour, et qu'à tous égards le Tribunal était mal venu de le censurer.

(1) Cass. 5 décembre 1879 (D. 1880. 1. 47), Confer : cass. 8 mars 1821 (Bulletin criminel de la Cour de Cassation, numéro 21). — Septembre 1824 (Bull. crim. n° 213) ; — 8 décembre 1826 (Bull. crim. n° 213, 6°). — 31 janvier 1839 (Bull. crim. n° 211). — 2 juin 1892 (Bull. crim. n° 168).

SECTION II

Injonctions illégales adressées à des inculpés et à des témoins.

Il n'est pas permis aux tribunaux d'insérer dans le texte des jugements des injonctions soit aux inculpés, soit aux témoins, soit même à des personnes étrangères à l'instance. La Cour de Cassation a exercé son droit d'annulation dans deux espèces intéressantes.

Dans la première, le juge de simple police tout en acquittant les prévenus, parce que des faits n'étaient pas prévus par un arrêté municipal, leur enjoignait de ne plus récidiver (1); dans la seconde, qui présentait une contravention à la loi aujourd'hui abrogée sur l'observation des fêtes et dimanches, la même défense était adressée à l'inculpé (2).

Si l'injonction de ne pas récidiver ne se comprend pas du tout lorsqu'il n'y a pas d'infraction, elle est illégale en cas de condamnation pour un fait prévu par la loi pénale.

Les domaines du droit pénal et de la morale sont distincts; l'injonction de ne pas récidiver ne peut trouver sa place que dans la loi, qui l'accompagne d'une sanction

(1) Cass. 6 juin 1826 (D. 26. 1. 405).

(2) Cass. 1^{er} septembre 1825 (Journ. Pal. chron.).

généralement sévère. Si l'on autorise un avertissement verbal du juge (1) qui acquitte, cet avertissement ne peut avoir que la valeur d'un conseil, mais il ne saurait figurer dans le dispositif d'un jugement. Le Tribunal qui adresse de pareilles défenses à un inculpé commet donc un véritable excès de pouvoir, parce que cette défense n'a pas de sanction immédiate, et que la loi seule prévoit et réprime les conséquences de la récidive.

SECTION III

Critique des Actes législatifs.

La Jurisprudence offre peu d'espèces, dans lesquelles les Tribunaux, oubliant que leurs attributions sont délimitées par la loi, sont allés jusqu'à censurer les délibérations des Chambres.

Un jugement de 13 juin 1879, rendu par le Tribunal correctionnel de Baugé a été cependant pour ce motif déféré à la Cour de Cassation par le Ministre de la Justice. Le Tribunal pour justifier les circonstances atténuantes, qu'il avait accordées aux prévenus, s'emparait d'un ordre du jour voté par la Chambre,

(1) La loi du 26 mars 1891, dite loi de sursis, impose même au Président l'obligation d'avertir le condamné des conséquences de la récidive.

se livrait contre cet ordre du jour à une vigoureuse attaque, et en contestait la légitimité. L'excès de pouvoir ne se trouvait pas dans le dispositif, mais dans les motifs du jugement. La condamnation était en effet régulière, et la peine légalement appliquée aux faits. Les motifs seuls furent donc annulés, en vertu de la généralité des termes de l'article 441 du Code d'Instruction criminelle, qui donne à la Cour de Cassation pleins pouvoirs pour mettre à néant les « actes judiciaires, arrêts ou jugements contraires à la loi ».

Voici comment s'exprimait le Tribunal « attendu que le pouvoir judiciaire sans vouloir empiéter sur le pouvoir législatif ne peut contraindre des citoyens à respecter les actes émanant de l'une des deux Chambres, sans avoir préalablement vérifié si cet acte a tout au moins les caractères extérieurs auxquels la Constitution permet de reconnaître les lois; que si cet examen était interdit aux tribunaux, il faudrait avouer qu'une Chambre législative peut échapper à la puissance de la loi elle-même..... attendu que la Chambre des Députés, faisant usage de ses attributions judiciaires spéciales avait ordonné une instruction contre le Cabinet du 17 mai; qu'appelée à délibérer sur le résultat de cette instruction, et sur la suite à y donner, elle a à une grande majorité décidé qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer devant le Sénat des ministres inculpés; — attendu que par cette ordonnance de non-lieu, la Chambre des députés épuisait sa compétence, que les 217 députés qui postérieurement à ce dessaisissement ont, sans les avoir appelés à se défendre, déclaré coupables de faits criminels et flé-

tri comme tels les ministres du 17 mai, et n'ont agi ni comme législateurs, ni comme juges; que leur décision est simplement l'opinion de 217 citoyens, opinion que les citoyens français sont libres de ne pas partager, et que le pouvoir exécutif avait le droit de ne pas reproduire sur affiche blanche non timbrée » (1).

Les motifs de ce jugement sont une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. Un Tribunal ne saurait en aucune façon intervenir dans un débat législatif, y prendre part pour ainsi dire, et affirmer comme il l'a fait dans l'espèce citée, une opinion quelconque sur une discussion politique.

Les délibérations, motions et ordres du jour qui sont déposés au sein des Chambres leur appartiennent, et seules, elles sont juges de la légalité des actes législatifs. Qu'un tribunal refuse de condamner, parce que la loi n'a pas été régulièrement promulguée et n'est pas exécutoire, ou parce que les faits ne s'appliquent pas à la loi pénale, c'est tout ce qui est autorisé à faire. Mais qu'on veuille le remarquer, il s'agit ici d'un ordre du jour, qui ne pouvait avoir d'autre sanction que l'approbation ou l'improbation du corps électoral, et qu'en se livrant à cette critique le tribunal de Baugé s'est aventuré sur un domaine qui lui était interdit. Il pouvait trouver une circonstance atténuante pour la contravention aux lois sur l'affichage reprochée aux prévenus dans cet ordre du jour, qui les avait incités à répondre

(1) Cass. 13 juin 1879 (D. 1879. I. 277).

par voie d'affiche non timbrée, mais en s'appropriant les mobiles, qui les avaient fait agir, il commettait un excès de pouvoir.

SECTION IV

Méconnaissance de la loi, soit en créant une peine, non prévue par la législation pénale, soit en omettant ou en refusant d'appliquer une peine existante.

Nous venons d'analyser une hypothèse dans laquelle un tribunal indiquait un acte législatif. Ici, il se substitue au législateur lui-même, et crée des pénalités absentes du Code pénal.

C'est un des bienfaits du droit pénal moderne d'avoir supprimé l'arbitraire dans la répression, et d'avoir forcé le Juge d'évoluer pour chaque infraction entre un minimum et un maximum déterminés sur une peine rigoureusement précisée.

Néanmoins un tribunal de police dont le jugement presque isolé, atteste que cette cause d'annulation n'a pas fréquemment occupé la Cour de Cassation, défendait à un prévenu sur les conclusions du Ministère public de tenir cabaret pendant un certain laps de temps, et ordonnait l'impression et l'affichage de son jugement (1).

(1) Cass. 8, thermidor, an VIII (Jour. du Pal. chron.).

C'était d'abord un empiétement sur les droits de l'autorité administrative, qui seule d'après la législation existante est juge des formalités auxquelles doivent se soumettre les cabaretiers ; c'était ensuite créer des peines nouvelles ; l'impression et l'affichage des jugements n'étant permis que pour signaler les condamnations du grand criminel, et par des lois spéciales pour certains délits déterminés.

S'il est interdit aux tribunaux d'ajouter des peines nouvelles aux peines déjà existantes, il leur est également défendu de ne pas tenir compte des peines en vigueur.

Les contraventions de police par cela seul qu'elles existent et sont constatées, entraînent une répression ; le juge de simple police est lié par le texte du Code pénal ou des arrêtés municipaux légalement pris ; la bonne foi, l'erreur ou l'usage ne sauraient être invoqués devant une juridiction où la question d'intention ne se pose presque jamais. C'est ainsi que la Cour de Cassation a annulé un jugement d'un tribunal de simple police, où malgré la matérialité du fait une prévenue était renvoyée des fins de la poursuite : « Attendu, dit l'arrêt de cassation, que le juge de police tout en reconnaissant la matérialité du fait l'a néanmoins relaxée (la prévenue) des poursuites par le motif 1° qu'elle était septuagénaire ; 2° Que le fait qui lui était reproché avait toujours été toléré par l'Administration qui lui laissait vendre des denrées dans la cour même de la mairie contrairement aux deux arrêtés précités ; 3° Qu'enfin le

juge de police ignorait lui-même l'existence de ces deux arrêtés, etc. (1).

SECTION V

Empiètements des juridictions répressives sur les pouvoirs d'une autre juridiction.

Il ne s'agit plus d'un simple cas d'incompétence, mais d'un véritable déplacement d'attributions. L'excès de pouvoir consiste ici pour la juridiction qui s'en rend coupable à s'emparer d'une mission, dont la loi ne l'a pas chargée. C'est ce qui arriverait si, par exemple, un Conseil de guerre s'attribuait le droit de décharger un individu d'une condamnation, antérieurement prononcée contre lui, et usurpait les pouvoirs de la Cour de Cassation en matière de révision.

L'hypothèse s'est réalisée dans l'espèce suivante que nous allons maintenant analyser : Un militaire avait été condamné pour vol par un Conseil de guerre ; quelque temps après le véritable auteur du vol fut découvert, passa à son tour devant le Conseil et fut condamné. Le Conseil de guerre motiva ainsi son jugement : « Attendu qu'il résulte des débats, que le chasseur B... du 99^e léger était seul auteur de la soustraction frauduleuse de

(1) Cass. 20 avril 1837.

400 cartouches de munitions, commise dans le deuxième trimestre de l'année 1849 au préjudice du sieur L..., son sergent-major, lequel a été accusé d'avoir détourné des cartouches, et a été condamné à quatre mois de prison et à la dégradation militaire le 28 janvier de la même année ; *attendu que la deuxième condamnation établit l'innocence du sieur L...*, et qu'il y a lieu de le décharger de la mention de la peine qu'il a subie et des conséquences de son jugement : *Le Conseil de guerre ordonne que le présent jugement sera inscrit au bas de son jugement ainsi que de celui prononcé contre le nommé B..., chasseur au 19^e léger, pour qu'il s'en serve, ainsi qu'il avisera* (1).

Le Conseil de guerre en statuant ainsi commettait une série d'illégalités. En affirmant l'innocence du premier condamné, il se substituait à la Cour de Cassation, qui seule aux termes de l'article 443 du Code d'Instruction criminelle, pouvait faire ressortir la contradiction des deux jugements et les annuler ; il empiétait en outre sur les pouvoirs du second Conseil de guerre devant lequel la Cour de Cassation allait renvoyer les deux condamnés pour y être procédé à de nouveaux débats (2).

Des conflits se sont fréquemment élevés entre les tri-

(1) Cass. crim. 10 mars 1850. (S. 1850. 1. 403).

(2) Ce jugement, rendu sous l'empire du Code de 1808, soulevait un certain nombre de questions, que les remaniements opérés par les lois du 29 juin 1867 et 8 juin 1875 ont tranchées : savoir, si les demandes en révision pouvaient s'appliquer aux

bunaux répressifs et les juridictions disciplinaires: Il est des cas en effet où devançant l'action pénale, ces juridictions infligeaient aux membres qui relèvent d'elles les peines que les règlements professionnels leur permettent d'appliquer. De là résultait une incursion sur le domaine réservé aux tribunaux de droit commun. Dans quelle mesure les juridictions d'ordre purement disciplinaire peuvent-elles examiner des faits soumis en même temps aux tribunaux de droit commun? La question s'est posée à propos d'un avocat, qui, poursuivi pour le délit de fraude électorale, avait été déféré devant le Conseil de l'ordre duquel il relevait avant que l'instance correctionnelle ne fut terminée, et absous par ce conseil, parce que selon lui les faits n'étaient pas suffisamment établis.

Rien dans la loi n'interdit aux juridictions disciplinaires d'attendre la fin d'une instance pour statuer sur des faits d'ordre professionnel, qui se trouvent en même temps constituer un délit. Mais n'était-il pas dans l'espèce plus prudent d'attendre la décision du tribunal correctionnel, et d'infliger ultérieurement la peine disciplinaire? C'était s'exposer à commettre un excès de pouvoir. Comment en effet dans un fait de fraude électorale, qui peut être envisagé à la fois au point de vue pénal et au point de vue disciplinaire dissocier les deux

matières correctionnelles comme aux matières criminelles; s'il est possible de demander la révision alors que la peine d'emprisonnement a été subie, et qu'il ne subsiste de la condamnation que les déchéances politiques et civiles.

éléments qui le composent, sans fatalement si l'on apprécie l'un ne pas empiéter sur l'autre ? C'est ce qui est arrivé. Le Conseil de l'ordre saisi préjugait la question portée devant le tribunal correctionnel, et pénétrait involontairement sur le domaine du droit pénal. Ici la décision du Conseil fut favorable à l'avocat cité devant lui ; mais si la réponse avait été affirmative sur la question de fraude électorale, quel danger n'en serait-il pas résulté pour le prévenu, obligé de comparaître devant le tribunal avec une présomption de culpabilité, fondée sur une condamnation disciplinaire ?

« Attendu, dit la Cour de Cassation, que les juridictions disciplinaires ne peuvent sans empiéter sur les droits de l'autorité judiciaire, contrôler ou dénier l'existence de faits compris dans une poursuite criminelle ou correctionnelle par devant la justice ordinaire ;

« Attendu dans la cause que le Conseil de discipline de l'Ordre des Avocats d'A..., exerçant d'office une poursuite disciplinaire contre S..., à raison des faits pour lesquels il était poursuivi correctionnellement pour complicité du délit de fraude électorale, a procédé à une information sur ces faits, et ce, par une décision rendue le 15 juin 1880, où relaxant S... de la poursuite disciplinaire, il dénie expressément l'existence des mêmes faits ;

« Attendu que la Cour de Nîmes en refusant par l'arrêt attaqué de prononcer l'annulation de la décision du Conseil de discipline pour cause d'excès de pouvoir s'est appropriée le vice dont cette décision était manifeste-

ment entachée et a ainsi violé les textes ci-dessus visés, etc. (1) ».

On voit par cette étude de la Jurisprudence, combien importante et délicate à la fois est en matière d'excès de pouvoir la mission de la Cour de Cassation, et combien fréquentes ont été pour elle les occasions où elle a dû intervenir.

(1) Cass. 9 novembre 1881 (S. 84. 1. 227; D. 82. 1. 281).

CHAPITRE III

DE L'INCOMPÉTENCE.

La loi pénale accueille avec faveur le moyen de cassation, fondé sur l'incompétence. Il importe que les inculpés ne soient pas enlevés à leurs juges naturels, et comme la procédure et la peine varient avec la juridiction saisie, il y a un intérêt de premier ordre à maintenir les tribunaux dans le cercle de leurs attributions respectives.

Aussi la loi a-t-elle veillé avec soin à l'organisation de cette voie de recours : Ordonnances des Juges d'Instruction, (1) arrêts de la chambre des mises en accusation, décisions en dernier ressort des juridictions de jugement, Jugements des Conseils de guerre sont soumis pour vice d'incompétence à la Cour de Cassation

(1) Il s'agit d'un certain nombre d'ordonnances en dernier ressort des Juges d'Instruction, qui font grief aux parties et sont susceptibles de pourvois.

(art. 299, 539, 408, 416 C. I. C.; art. 80 et 81 de la loi du 9 juin 1857; 111 et 140 de la loi du 11 juin 1858.) (1)

Et l'ordre public est tellement intéressé à ce que les tribunaux restent pour l'application de la loi pénale dans la sphère où ils doivent se mouvoir, que les diverses constitutions, qui tour-à-tour ont régi la France n'ont pas négligé de rappeler cette cause d'annulation (2)

L'article 408 est la disposition fondamentale de notre matière: Rappelons en outre qu'aux termes de l'article 416, les parties qui ont soulevé des conclusions d'incompétence peuvent avant le jugement définitif, interjeter appel sur ces conclusions, et même former un pourvoi en cassation.

L'incompétence d'un tribunal peut résulter, soit de ce que le fait ne rentre pas dans les attributions de la juridiction saisie, soit de ce que l'inculpé, à raison de sa qualité n'est pas son justiciable, soit de ce que ce n'est pas sur son territoire que l'infraction a été commise, que l'inculpé a sa résidence, ou que son arrestation a été effectuée (art. 23 et 69 C. I. C.) (3)

Faut-il comme en matière civile faire une distinction entre l'incompétence absolue et l'incompétence relative,

(1) Les pourvois seuls des non-militaires sont recevables pour cause d'incompétence et d'excès de pouvoir.

(2) Const. de 1791, titre III, chap. 5, art. 4; Const. de l'an III art 62; Chartes de 1814, art. 62; de 1830, art 63; Const. de 1848, art. 4; Const. de 1852 art. 1 et 56.

(3) En matière de simple police la compétence *ratione loci* est exclusivement celle du lieu de l'infraction.

entre celle qui est couverte par le silence et le consentement des parties, et, celle qu'on peut invoquer en tout état de cause ?

Dans l'ancien droit, Muyart de Vouglans distinguait entre l'incompétence qui résulte de la qualité de la personne, et celle qui naît du « défaut de pouvoir » du Juge. La première était couverte par le silence de l'inculpé, la seconde pouvait être invoquée en tout état de cause. Ainsi « lorsque le juge n'est ni celui du délit, ni celui du domicile ou de la capture de l'accusé, ou qu'il s'agit de cas royaux... l'incompétence peut être invoquée en tout état de cause, et, les Juges ne doivent pas même attendre à faire le renvoi, qu'ils en soient requis par les parties. » (1)

On le voit, déjà dans notre ancien droit pénal, sauf l'exception résultant de la qualité de la personne, on admettait le caractère absolu de ce moyen de cassation. Le décret du 10 septembre 1791 et l'article 202 du Code du 3 brumaire an IV consacraient le même principe.

Nous donnerons aujourd'hui à la question une solution identique, en reconnaissant à l'exception d'incompétence le même effet énergique.

Ainsi on peut invoquer pour la première fois devant la Cour de Cassation le moyen tiré de ce qu'un fait qualifié crime a été déféré au tribunal correctionnel. « La

(1) Muyart de Vouglans, *Inst. au droit criminel*, 1757, p. 124-125.

Cour, sur le moyen tiré de la violation des règles de la compétence et de la fausse application de l'article 405 du Code Pénal en ce que le fait unique retenu par l'arrêt constituerait le crime de faux, et aurait dès lors dû être déféré à la juridiction criminelle, vu les articles 193, 214 et 408 du Code d'Instruction criminelle; attendu qu'en matière criminelle les juridictions sont d'ordre public, que l'article 408 du C. Inst. crim. qui couvre l'action en nullité contre les jugements prononcés par un tribunal incompétent est conçu en termes généraux et absolus; — qu'il en résulte que toutes les incompétences déclarées par la loi sont péremptoires et ne sauraient conséquemment être couvertes par le silence ou par l'acquiescement des parties; qu'il suit de là que le moyen d'incompétence invoqué par le demandeur est recevable, bien qu'il n'ait été proposé ni devant le tribunal de Saint-Etienne, ni devant la cour de Lyon, saisie par l'appel du Procureur Général près ladite Cour. » (1)

Il en est de même lorsque les parties invoquent l'incompétence à raison de leur qualité ou du lieu de l'infraction. L'information que ferait un juge d'instruction qui ne serait ni celui du lieu du délit, ni celui de la résidence, ni celui du lieu de l'arrestation, entraînerait la nullité de la procédure :

« Attendu, dit la Cour de Cassation, que si en matière civile l'incompétence *ratione loci* doit être pro-

(1) Cass. 14 février 1868 (S. 1868. 1. 418 (17 janvier 1861 (D. 61. 1. 143) 29 juin 1882 (S. 1883. 1. 47) 25 juillet 1885 (S. 86. 1. 496.)

posée préalablement à toute exception et défense, les parties pouvant renoncer à l'attribution spéciale faite à certains tribunaux dans l'intérêt privé de ces mêmes parties plutôt que dans l'intérêt public, il n'en saurait être de même en matière criminelle où tout ce que la loi ordonne relativement à la compétence à un but d'ordre et d'intérêt publics; attendu que l'article 23 pour le Procureur de la République et l'article 63 du Code d'Instruction criminelle pour le juge d'instruction, règlent la compétence d'après le lieu du délit, d'après le lieu de la résidence du prévenu, et d'après le lieu où le prévenu pourra être trouvé; que l'article 69 prescrit au juge d'instruction qui ne serait pas compétent de renvoyer la plainte au juge d'instruction, qui doit en connaître; attendu que les attributions des magistrats chargés d'exercer l'action publique et la police judiciaire intéressent essentiellement l'ordre public, et ne peuvent être déplacées sans violation de la loi; attendu qu'il est constant en fait que le vol dont est prévenu le nommé D... a été commis du 17 au 18 avril dernier, sur le territoire de la commune de la Ville-des-Bois, canton de Palaiseau, arrondissement de Versailles, et, que le sieur D... a été arrêté en flagrant délit sur le même territoire; que le Procureur de la République près le tribunal de l'arrondissement de Corbeil, où ne réside pas le prévenu, a néanmoins par un réquisitoire en date du 18 avril saisi le juge d'instruction de ce même tribunal de l'information à la suite de laquelle la Chambre du Conseil du tribunal de Corbeil a, le 6 mai contre ledit D... rendu une ordonnance de prise de corps qui contrairement

aux réquisitions du Ministère Public a été confirmée par l'arrêt attaqué portant renvoi de D... devant la cour d'assises de Seine-et-Oise; attendu qu'en maintenant l'ordonnance de prise de corps sus énoncée et la procédure suivie, la Cour d'Appel de Paris a expressément violé les dispositions précitées, Casse, etc. » (1).

Mais la Jurisprudence n'a pas toujours considéré l'incompétence *ratione loci* comme d'ordre public. Elle estimait que c'était une nullité purement relative, susceptible d'être couverte par le silence des parties. Un arrêt du 24 décembre 1840 est en effet ainsi motivé : « attendu que non-seulement l'accusé n'était ni domicilié, ni résidant dans le département de l'Allier, mais que le délit poursuivi, à supposer qu'il existât, aurait été commis à Paris, où l'inculpé a été arrêté; attendu que le fait poursuivi constituait un crime de la compétence de la cour d'assises; que le demandeur se plaint seulement de ce que l'affaire a été instruite devant les juges qui n'auraient pas dû en connaître sous le rapport du lieu et de la personne, mais que ce n'est là qu'un moyen d'incompétence relative, qui a pu être couvert par le silence de l'accusé, et qu'en fait le demandeur n'a pas usé des voies, qui, indépendamment de celles ouvertes par l'article 299 du Code d'Instruction criminelle, lui étaient offertes par l'article 416 du même code; que, dès lors en n'attaquant pas en temps utile l'arrêt

(1) Cass. 7 août 1851 (S. 51. 1. 801).

de renvoi, il est non recevable à proposer devant la Cour l'exception d'incompétence » (1).

Sans examiner en ce moment la question de savoir si le défaut de pourvoi contre l'arrêt de la Chambre des mises en accusation pour cause d'incompétence dans le délai de cinq jours (art. 296 I. C.), et si la cour d'assises en vertu de sa plénitude de juridiction (art. 365 C. I. C.) rendaient inefficace pour le condamné ce moyen de cassation, il n'en est pas moins vrai que les motifs de l'arrêt qui tendent à faire de l'incompétence *ratione loci* une exception que les parties peuvent couvrir par leur silence ne sont pas très juridiques.

En matière pénale ni l'inculpé, ni le ministère public ne sauraient transiger sur leurs droits respectifs : L'ordre public est directement intéressé au maintien des règles de la hiérarchie judiciaire. Dire que le moyen de cassation tiré de l'incompétence *ratione loci* se couvre par le silence des parties, c'est transporter dans le droit pénal une méthode de raisonnement qui convient à la procédure civile où les parties, maîtresses de leurs droits, peuvent choisir la juridiction qu'elles préfèrent (quand il s'agit de la compétence *ratione personæ* bien entendu).

Que le caractère absolu de l'incompétence *ratione loci* fléchisse en l'espèce devant le principe de la plénitude de la juridiction de la cour d'assises, cela n'enlève pas son caractère absolu au moyen d'incompétence, et des

(1) Cass. 24 décembre 1840 (S. 41. 1. 558); — 3 mai 1811 (J. Pal. chr.)

raisons aussi impérieuses peuvent être invoquées en sa faveur devant la Cour d'Assises que devant les autres tribunaux répressifs.

En effet, donner à l'incompétence *ratione loci* en matière pénale un caractère relatif, c'est enlever aux inculpés une garantie qu'ils ont le droit de réclamer. La volonté pour un inculpé d'être jugé au lieu de l'infraction, parce que les éléments de preuve s'y trouvent réunis, que la justification lui sera plus facile à raison même du rapprochement du théâtre de l'événement ; ou, au lieu de sa résidence, parce que tous les souvenirs de sa vie antérieure, les témoins de ses actes, son milieu social en un mot sont là, n'est pas une considération sans valeur même devant une Cour d'Assises, pour qu'il soit impunément permis de ne pas en tenir compte.

Aussi la Cour de Cassation est-elle revenue sur cette interprétation, et qu'il s'agisse de l'incompétence *ratione personæ, materiæ ou loci* (sauf l'exception résultant de la plénitude de juridiction de la Cour d'assises), elle reconnaît à toutes trois le même caractère d'ordre public (1).

(1) Si devant les tribunaux répressifs de droit commun, l'exception d'incompétence a un caractère d'ordre public, elle a une énergie bien plus forte encore devant les tribunaux d'exception comme les Conseils de guerre parce que leur compétence est limitée à la connaissance de certaines infractions et au jugement de certaines personnes. L'article 123 de la loi du 9 juin 1857 pour les Conseils de guerre de l'armée de terre et 153 de la loi du 4 juin 1858 pour les Conseils de guerre maritimes ont prévu le cas où l'exception d'incompétence serait soulevée par l'accusé. Ils veulent que ce moyen soit discuté *in*

Nous venons de voir que l'exception d'incompétence étant d'ordre public, pouvait être invoquée en tout état de cause, mais ce droit n'est-il pas modifié par ce principe de l'appel que la situation d'un condamné ne saurait être aggravée sur sa propre demande ?

La Cour de Cassation aux termes d'une jurisprudence constante rejette les déclinatoires d'incompétence soulevés devant elle par les condamnés, qui n'ont pas posé de conclusions spéciales sur ce point en première instance et devant la Cour, parce qu'elle considère que ce serait dans certains cas aggraver la situation du condamné que de le renvoyer devant ses juges naturels. Les Cours d'Appel font l'application de la même règle aux condamnés qui n'ont pas soulevé le moyen d'incompétence en première instance et, qui l'invoquent pour la première fois devant elles.

Cette jurisprudence s'appuie sur un avis du Conseil d'Etat du 12 novembre 1806, qui, déterminant les principes de l'appel en matière pénale, défend aux Cours, à défaut d'appel à minima du ministère public, d'élever la

limine litis et avant toute audition de témoins. On a donné une raison assez faible de cette réglementation du débat : En choisissant, dit-on, leur moment pour poser des conclusions d'incompétence les accusés pourraient diriger les débats à leur guise et les faire dévier, quand ils sentiraient qu'ils leur deviennent contraires. Quoiqu'il en soit, l'exception d'incompétence est d'ordre public pour les Conseils de guerre (les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur ce point), et les accusés qui ont négligé de la soutenir devant ces Conseils, peuvent l'invoquer pour la première fois devant le Conseil de Révision ou devant la Cour de Cassation, dans les cas où leur pourvoi est recevable par cette juridiction.

peine au-dessus de celle prononcée par les premiers Juges.

« Sur le moyen unique, tiré tant de la fausse application des articles 406, 408, § IV du Code Pénal, que de la violation du paragraphe 2 du dit article 408, dit la Cour de Cassation, en ce que l'infraction d'abus de confiance reprochée au prévenu principal rentrant dans les dispositions spéciales de ce dernier paragraphe aux termes duquel ladite infraction est passible d'une peine afflictive et infamante, la Cour de Douai était tenue de se déclarer incompétente à l'égard du complice par recel de l'abus de confiance sus visé;

Attendu que cette exception n'a été proposée ni en première instance, ni devant les juges du second degré;

Attendu, d'autre part qu'aux termes de l'avis du Conseil d'Etat du 12 novembre 1806, le sort du prévenu ne peut être aggravé sur son appel; que les juges du degré supérieur, saisis de l'examen du chef de complicité par recel d'abus de confiance par le seul appel de D..., n'auraient pu se déclarer incompétents sans l'exposer à une peine plus grave, que celle qu'il avait encourue en première instance, d'où il suit que l'arrêt attaqué loin d'avoir violé ou fausement appliqué les articles sus visés, s'est conformé au principe posé par l'avis du Conseil d'Etat du 12 novembre 1806, et que l'exception d'incompétence n'ayant pu être proposée devant la Cour d'Appel ne peut être valablement soulevée pour la première fois devant la Cour de Cassation (1). »

(1) Cass, 11 juin 1891 (Bull. crim. N° 131).

La Cour s'appuie sur les termes de l'avis du Conseil d'Etat pour rejeter le moyen tiré de l'incompétence. Mais est-il bien exact de dire que c'est aggraver la situation d'un inculpé que de le renvoyer devant les juges qu'il réclame, qui dans notre hypothèse sont les seuls juges donnés par la loi. L'inculpé qui sollicite la juridiction des Assises peut considérer comme une garantie ce que la Cour de Cassation estime en l'espèce être un péril. La question de culpabilité ne s'y pose pas en effet dans les mêmes termes que devant les autres tribunaux répressifs. Les causes de nullité s'accumulent, les formalités en faveur de la défense s'y multiplient, le débat devient solennel : outre cela, il y a une considération de fait, qui n'est pas négligeable :

L'état d'esprit d'un jury n'est pas comparable à celui des autres tribunaux de répression, et l'inculpé qui demande son renvoi devant cette juridiction a peut-être des motifs puissants pour le faire. Si l'on met en balance toutes ces considérations avec cette idée que la peine pour l'inculpé devient criminelle au lieu d'être correctionnelle, on incline à penser que le péril consiste surtout à déplacer les compétences en matière pénale.

Cette argumentation offre un autre danger : On sait que les tribunaux, et en particulier les tribunaux d'ordre pénal ont le devoir de vérifier d'office leur compétence : N'est-il pas assez singulier de faire dépendre en appel cette vérification de l'attitude du Ministère public ? Le Ministère public s'abstient d'interjeter appel à minima,

et alors par crainte d'aggraver le sort du prévenu, on le prive de ses juges naturels; il interjette appel, dans ces conditions les règles de la compétence redeviennent applicables, et l'ordre des juridictions est respecté (1).

La Cour de Cassation n'a pourtant pas toujours admis cette manière de voir. Dans un arrêt du 27 décembre 1839 elle s'exprime ainsi : « Sur le moyen tiré de la fausse application de l'article 214 du Code d'Instruction criminelle, en ce que l'arrêt attaqué a infirmé pour cause d'incompétence sur l'appel seul des prévenus, et, quoiqu'il n'y eut pas d'appel de la part du ministère public le jugement du tribunal de police correctionnelle de Nérac, qui prononçait des condamnations contre les dits prévenus et, en ce que ledit arrêt les a renvoyés devant les Juges compétents;

Attendu que par ordonnance de la Chambre du Conseil du Tribunal de première instance de Nérac, J. B..., B. L... et L... ont été renvoyés en police correctionnelle comme prévenus d'avoir dans la nuit du 13 au 14 juillet 1839, volé une jument avec sa pouliche, au préjudice du sieur L..., juge de paix du canton de Damazan, dans la métairie du Rozier, délit prévu par l'article 401 du Code pénal;

Attendu qu'en exécution de cette ordonnance, les prévenus sus-nommés ayant été traduits devant le Tribunal

(1) Cass. crim. 22 décembre 1893 (Bull. crim., N° 371) 15 février 1894 (Bull. crim. N° 48); 23 novembre 1894 (Bull. crim. N° 228).

correctionnel de Nérac, n'y ont proposé aucun moyen d'incompétence contre la juridiction correctionnelle; que ce tribunal par jugement du 22 août 1839 a déclaré les dits B..., L..., A... et L..., coupables, comme auteurs principaux ou comme complices du vol dont ils étaient prévenus, et les a condamnés, savoir : L... et B..., chacun à cinq ans d'emprisonnement, et L..., aîné, à dix années de la même peine ;

Attendu que, s'il est vrai que les trois condamnés ont seuls interjeté appel de ce jugement, sans qu'il y ait eu d'appel de la part du Ministère Public, cet appel des prévenus était de leur part illimité et indéfini dans leur intérêt, et laissait entiers tous les moyens qui pouvaient appartenir à leur défense; que la compétence du Tribunal devant lequel il est traduit est au premier rang des moyens que le prévenu peut proposer soit devant le juge de première instance, soit devant le juge d'appel, puisque si le juge est incompétent, il se trouve sans pouvoir légal pour juger ce prévenu.

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que les prévenus sus nommés ont, par des conclusions formelles signées de leurs défenseurs, conclu à ce que la Cour d'Agen, Chambre des appels correctionnels, saisie de leur appel, annulât le jugement du Tribunal de police correctionnelle de Nérac du 22 août 1839 comme incompétemment rendu, et les renvoyât devant qui de droit par le motif qu'il résultait de la citation donnée aux dits prévenus, ainsi que des faits relevés par le dit jugement que le vol à eux imputé aurait été commis la nuit par

plusieurs personnes et dans une maison habitée, et que les faits ainsi qualifiés rentraient dans ceux prévus par l'article 386 du Code Pénal, et excédaient la compétence de la juridiction correctionnelle;

Attendu qu'il ne résultait aucune fin de non-recevoir contre le moyen d'incompétence proposé, de ce qu'il aurait été contraire à l'intérêt des prévenus qui l'invoquaient en ce qu'il les exposait s'il était accueilli à se voir renvoyés devant une juridiction où une peine afflictive et infamante pourrait leur être appliquée, puisqu'à ces prévenus seuls il appartenait d'apprécier qu'elle était la juridiction qui offrait à leur défense le plus d'avantages et de garanties, si d'ailleurs les faits qui leur étaient imputés appartenaient par leur nature à cette juridiction; que l'avis du Conseil d'Etat, approuvé par décret du 12 novembre 1806 ayant force législative, n'a rien de contraire à cette doctrine, et qu'il dispose seulement que la position du prévenu ne peut être aggravée sur son appel, non plus que sur l'appel de la partie civile; qu'on ne peut considérer comme une aggravation de la position du prévenu le renvoi devant le juge compétent, lorsqu'il l'a expressément demandé par des conclusions formelles comme cela a eu lieu en l'espèce;

Attendu qu'il résulte des faits et des principes ci-dessus posés que l'arrêt attaqué en annulant sur l'appel et sur les conclusions formelles des prévenus le jugement du Tribunal de Nérac du 22 août 1839 pour cause d'incompétence, par le motif que les faits imputés aux dits prévenus sont qualifiés crimes par la loi et passibles de

peines afflictives et infamantes, et, en renvoyant ces prévenus devant les juges compétents n'a pas fait une fausse application de l'article 214 du Code d'Instruction Criminelle, et s'est au contraire conformé aux règles de la matière (1). »

Serait-il téméraire d'exprimer le vœu que la Cour de Cassation revînt aux principes posés dans cet arrêt, qui fixe d'une manière si précise les limites de la compétence des tribunaux répressifs ?

Ajoutons qu'un autre inconvénient est né de cette jurisprudence, c'est que sans le vouloir la Cour de Cassation a favorisé la théorie de la correctionnalisation des crimes, extension qu'on ne saurait approuver en l'absence d'un texte qui l'autorise, bien que la pratique des Parquets y soit quelquefois amenée par le peu de gravité des faits incriminés (2).

Un autre obstacle est souvent élevé contre le moyen de cassation tiré de l'incompétence, c'est l'exception de chose jugée. Lorsqu'un prévenu, condamné en première instance, néglige de renouveler en appel son déclinatoire d'incompétence, il est non recevable d'après la jurisprudence à le soulever devant la Cour de Cassation.

(1) Cass. 25 décembre 1839 (Bull. crim. n° 393).

(2) V° Correctionnalisation, le Poittevin, *Dictionnaire formulaire des Parquets*, t. 1, p. 520.

Se reporter aussi aux circulaires ministérielles des 16 août 1842, 11 janvier 1871 et à l'article de M. Tarde (*Bulletin de la Commission pénitentiaire internationale*, nouvelle série, Melun 1895, Imprimerie administrative).

« Attendu, dit un arrêt, que l'exception d'incompétence invoquée par le demandeur avait été présentée par lui devant le Tribunal correctionnel; qu'elle a été rejetée par jugement du 11 juillet dernier, et que ce jugement n'a point été attaqué par la voie de l'appel dans le délai de la loi, la compétence se trouve irrévocablement jugée. » (1)

La Cour de Cassation rejette même les pourvois, lorsque les conclusions d'incompétence n'ont pas été posées en appel *in limine litis*, et n'ont été présentées qu'après la discussion du fond (2). Elle y voit une renonciation à soulever ce moyen et un acquiescement au jugement.

Nous renouvelerons contre cette jurisprudence l'objection que nous lui avons déjà faite. Bien qu'elle s'appuie ici sur l'autorité de chose jugée, et qu'il soit nécessaire surtout en matière pénale de ne pas rouvrir un débat sur des questions déjà tranchées, il nous semble que les principes de la compétence dominant ici ceux de la chose jugée. Les Juges correctionnels ne doivent-ils pas d'office vérifier leur compétence, et dépend-il des parties pour un défaut d'appel de rendre cette vérification impossible?

Nous venons de voir que le défaut d'appel à *minima* du ministère public devant la Cour, que l'exception de chose jugée étaient des obstacles apportés à l'examen

(1) Cass. 22 février 1828 (Journ. Pal. t. XXI, p. 1201).

(2) Il faut excepter le cas où la question de fond étant intimement liée à la question de compétence, on ne peut pas discuter l'une sans l'autre.

du moyen d'incompétence soulevé par le condamné devant la Cour de Cassation. La Cour a même donné à cette manière de voir une extension, qui n'est pas exempte de critique. Dans un arrêt du 15 décembre 1871 elle dit, à propos d'un fait qui à raison des circonstances aggravantes qui l'accompagnaient, rentrait dans la compétence de la Cour d'Assises, que « si les circonstances relevées dans l'arrêt pouvaient ériger en crimes le vol et le pillage constatés, la juridiction correctionnelle saisie demeurerait néanmoins compétente, à défaut de déclinatoire soulevé par le prévenu et d'appel relevé par le ministère public. » (1)

C'était dispenser ces tribunaux de toute vérification d'office de leur compétence. Mais elle est revenue aux véritables principes de la matière, lorsque par un arrêt plus récent elle déclare « qu'en matière criminelle les compétences sont d'ordre public, qu'elles se règlent non par la volonté des parties, mais uniquement par la qualification que la loi donne aux faits poursuivis et, qu'en matière correctionnelle le juge saisi a le droit de déclarer soit d'office, soit sur les réquisitions des parties la compétence qui lui a été attribuée par l'acte de poursuite qui l'a saisi. » (2)

Une grave dérogation au principe que l'exception d'incompétence est d'ordre public et ne saurait être couverte par le silence des parties, est prévue par

(1) Cass. 15 décembre 1871 (S. 72. 1. 44)

(2) Cass. 27 juillet 1886 (Bull. crim. n° 279)

l'article 365 du Code d'Instruction criminelle. Il dispose « que la Cour d'Assises prononcera la peine établie par la loi dans le cas où d'après les débats le fait ne se trouverait plus être de sa compétence. »

Il s'agit dans cet article de ce qu'on est convenu d'appeler la plénitude de juridiction de la Cour d'Assises.

Ces dispositions se justifient par de puissants motifs. On ne veut pas que des questions de compétence soient élevées devant la Cour d'Assises, parce qu'avec son jury, ses conseillers, ses formalités nombreuses, édictées en faveur de la défense, la solennité de ses débats, elle peut-être considérée comme la juridiction de droit commun. Supposons qu'à l'audience le crime dégénère en délit ou en contravention, est-il vraiment nécessaire de renvoyer l'accusé devant la juridiction compétente, alors qu'il trouve devant les assises toutes les garanties de justice, qu'il est en droit de réclamer ? Et puis n'est-il pas contraire à la bonne administration de la justice d'interrompre des débats commencés, presque terminés peut-être, pour les rouvrir devant un autre tribunal, de prolonger ainsi la détention préventive et d'éterniser les procès ?

Ajoutons que si la Cour d'assises était incompétente, l'article 299 du Code d'Instruction criminelle, permettait à l'accusé grâce au pourvoi qu'il autorise pour cause d'incompétence de se faire renvoyer par la Cour de Cassation devant les juges qu'il réclame.

D'autres arguments viennent encore fortifier ce système. Lorsque la loi a créé des tribunaux d'exception à l'égard de certains faits et de certaines personnes, elle

a exigé leur dessaisissement, et a réglé la manière dont elles devaient vérifier leur compétence. Au contraire, en ce qui touche les Cours d'Assises, rien ne les autorise à examiner si l'arrêt de la chambre des mises en accusation les a valablement saisies. Le Code d'Instruction criminelle ne parle pas d'un débat quelconque sur la compétence devant la Cour d'Assises.

Enfin, il y a présomption que la Cour d'Assises a été valablement saisie. Cette saisie, elle la tient de l'arrêt de la Chambre des mises en accusation. Si donc les parties ont négligé la voie de recours de l'article 299, ou si le pourvoi qu'organise cet article est rejeté, la Cour d'Assises est irrévocablement compétente et l'arrêt de renvoi a autorité de chose jugée.

Mais, si par hypothèse, à cause du défaut de pourvoi de l'accusé ou à raison d'une interprétation erronée qu'aurait pu faire la Cour de Cassation de l'arrêt de renvoi, les règles de la compétence se trouvaient manifestement violées, ne resterait-il pas la ressource suprême du recours en annulation sur l'ordre du Garde des Sceaux (art. 441. C. I. C.) ?

Quelques criminalistes n'ont pas accepté ce système, (1) et sauf le cas où l'arrêt de renvoi a acquis l'autorité de chose jugée par suite du rejet du pourvoi par la Cour de Cassation, on a fait des objections à l'extension donnée par la jurisprudence à l'article 365 C. I. C. *

(1) Faustin-Hélie, *Traité de l'Instruction criminelle*, t. V. nos 2218 et s. Merlin, *Questions de Droit*. v^o Incompétence.

Le défaut de pourvoi dans le délai de cinq jours n'empêche pas selon eux les Cours d'Assises de vérifier leur compétence. L'ordre des juridictions est déterminé par la loi, et tous les tribunaux répressifs ont le devoir de statuer dans les limites qui leur ont été assignées, et de se refuser à connaître de faits qui sortent de leur compétence.

Il n'est pas possible d'ailleurs d'assimiler le vice de compétence aux nullités de procédure antérieures aux débats, vices qui sont couverts par le défaut de pourvoi.

L'article 408 du Code d'Instruction criminelle assimilant en effet l'incompétence à la violation des formes prescrites à peine de nullité, en fait un moyen de cassation susceptible d'entraîner la nullité de l'arrêt définitif, que l'irrégularité se trouve dans l'arrêt de renvoi, dans l'instruction ou dans la procédure faites devant cette Cour, ou même dans l'arrêt de condamnation.

L'arrêt de renvoi a la même valeur pour toutes les juridictions qu'il saisit, les Cours d'Assises comme les autres sont soumises à l'obligation de vérifier leur compétence ; en un mot, dans ce système, l'arrêt de renvoi est purement indicatif.

Quant à l'article 365 C. Inst. crim., s'il s'applique au cas où l'infraction se transforme au cours de la discussion, il ne saurait s'étendre à l'hypothèse où la question de compétence est soulevée avant tout débat sur le fond.

Le système de la Jurisprudence nous paraît préférable. La Cour d'Assises valablement saisie doit se refu-

ser à examiner la question de compétence. L'article 365 a une portée trop générale. Qu'il s'agisse donc d'une contravention ou d'un délit, d'une infraction de la compétence d'un tribunal d'exception, les débats sont définitivement liés devant elle.

Quant à la distinction faite entre le cas où au cours des débats l'infraction change de nature, et celui où la question de compétence est soulevée *in limine litis* ; l'article 365 ne la met pas suffisamment en relief pour que l'on puisse en tenir compte.

On ne saurait distinguer davantage entre le cas où il y a eu défaut de pourvoi et celui où l'arrêt de renvoi a été rejeté par la Cour de Cassation. Dans les deux hypothèses il y a chose jugée, et la Cour d'Assises ne saurait en aucune façon rouvrir un débat sur ce point. Si d'autres tribunaux répressifs peuvent le faire, c'est que leur compétence est rigoureusement délimitée, et que dans le conflit entre ces deux principes d'ordre public, l'autorité de chose jugée et la compétence, le second doit avoir le dernier mot devant ces juridictions pour éviter les décisions arbitraires.

La Jurisprudence s'est constamment prononcée dans le sens de la plénitude de juridiction de la Cour d'Assises. Un arrêt du 19 juillet 1816 met bien en relief les arguments en faveur de ce système « attendu que si les tribunaux correctionnels et les tribunaux de police ne sont pas liés par les arrêts des chambres des mises en accusation des Cours d'appel, qui ont prononcé sur le règlement de compétence, si ces arrêts ne sont à leur égard qu'indicatifs de juridiction... c'est parce qu'ils

n'ont qu'une juridiction particulière, qui est expressément et taxativement déterminée par la loi d'après la peine qu'elle les a autorisés de prononcer...; mais qu'il n'en est pas de même des Cours d'Assises; que ces Cours sont investies d'une juridiction générale; que d'après l'article 226 Cod. Inst. crim. elles peuvent connaître des délits dont elles sont également saisies; qu'aux termes de l'article même du Code, elles doivent prononcer sur des faits déclarés constants par le jury les peines établies par la loi, soit que ces peines soient afflictives et infamantes, soit qu'elles se réduisent à un emprisonnement ou à de simples amendes;

..... que relativement aux Cours d'Assises, la loi ne les a même pas autorisées à examiner, si, d'après les lois particulières, les affaires dont elles ont été saisies par les chambres d'accusation des Cours d'appel auraient dû, soit à raison de la qualité des personnes, soit à raison de la nature des faits être renvoyées à une juridiction d'exception, qu'aucune disposition du Code d'Instruction criminelle sur la procédure devant la Cour d'Assises et sur les fonctions de ces Cours n'a réglé la forme et le résultat d'un débat sur la compétence. (1) »

Mais cette théorie de la plénitude de juridiction de la Cour d'Assises ne va pas sans quelques inconvénients. Que dire par exemple du cas où une infraction de la

(1) Cass. 19 juillet 1816 (Journ. Pal., t. XIII, p. 555), dans le même sens : Cass. 20 juin 1856 (D. 56. 1. 374); — 22 mai 1862 (D. 67. 5. 93); — 10 janvier 1873 (D. 73. 1. 41.); — 12 mai 1885 (D. 85. 1. 331.)

compétence du Conseil de guerre lui est déférée? que dire aussi du cas où la Cour d'Assises saisie ne se trouve être ni celle du lieu de la résidence, ni celle du lieu de l'infraction ou de l'arrestation de l'accusé? Dans ces hypothèses la Cour d'Assises reste compétente, mais le but de la loi est-il bien atteint? Quand on défère au Conseil de guerre des infractions purement militaires, c'est qu'on veut une répression sévère et infligée par des juges qui peuvent apprécier tout particulièrement le caractère de gravité du délit; si l'on exige qu'un inculpé soit renvoyé devant une des trois juridictions compétentes en matière pénale aux termes de l'article 63 du Code d'instruction criminelle, c'est qu'on estime (sauf bien entendu pour le cas du tribunal du lieu de la capture), que si d'une part la preuve du délit sera plus facile à établir, la justification pour l'inculpé sera peut-être aussi plus aisée.

Néanmoins la jurisprudence s'inspirant des idées développées dans l'arrêt de 1816 a estimé (en se plaçant d'ailleurs exclusivement au point de vue des intérêts de la défense pour les infractions déférées au Conseil de Guerre), que l'accusé n'était pas recevable à réclamer des juges militaires, parce qu'il trouvait toutes les garanties de justice organisées en sa faveur devant la Cour d'Assises. Des raisons de même ordre (mais ici les considérations invoquées en faveur de la défense se laissent moins apercevoir) la faisaient maintenir, la compétence d'une Cour d'Assises, incompétente *ratione loci*: « Sur le premier moyen pris de la violation des règles de la compétence, en ce que d'une part, M... appartenant au

service actif de l'armée aurait dû être jugé par un Conseil de Guerre, et que d'autre part, la Cour d'Assises de l'Ain serait incompétente, le vol imputé au demandeur ayant été commis non dans le département de l'Ain, mais dans le département du Rhône ; attendu que M... a été renvoyé devant la Cour d'Assises de l'Ain par un arrêt de la Chambre des mises en accusation de la Cour d'Appel de Lyon en date du 14 janvier 1885 ; qu'il a reçu notification régulière de cet arrêt le 21 janvier, et que le lendemain matin il a été interrogé par le Président des Assises qui lui a donné l'avertissement prescrit par l'article 296 d'Inst. Crim. ; attendu que M... n'a formé aucun recours contre le dit arrêt, soit dans le délai fixé par l'article 373 C. Inst. Crim., soit dans les conditions déterminées par l'article 296 du même Code... que la compétence de la Cour d'Assises de l'Ain ayant été ainsi fixée d'une manière définitive M... ne peut le contester en présentant pour la première fois devant la Cour de Cassation une exception d'incompétence, qui n'aurait pu être accueillie par la Cour d'Assises elle-même (1) ».

Cette règle de la plénitude de juridiction ne viendrait-elle pas à fléchir, si, par exemple, un étranger était traduit devant une Cour d'Assises pour un crime commis à l'étranger ? Sommes-nous ici en présence d'une dérogation aux articles 226 et 365 Cod. Inst. Crim. et l'exception d'incompétence pourrait-elle être soulevée soit devant la Cour d'Assises, soit devant la Cour de Cassation ?

(1) Cass. 12 Mars 1885 (D. 1885. 4. 334) — ; 5 Avril 1832 (S. 1832. 1. 511).

Cette question s'est posée à l'occasion de l'espèce suivante : Un étranger avait été renvoyé devant la Cour d'Assises de la Haute-Savoie pour un vol qualifié commis dans le canton de Vaud (Suisse). Il négligea de se pourvoir contre l'arrêt de la Chambre des mises en accusation. La Cour d'Assises se considérant comme définitivement saisie, refusa d'examiner les conclusions d'incompétence soulevées par l'accusé. La Cour de Cassation devait-elle conformément à sa jurisprudence déclarer le pourvoi non recevable sur ce moyen de cassation ?

L'espèce était nouvelle. Il s'agissait, en effet, d'un individu poursuivi devant les Tribunaux français, et qui n'en relevait pas, pour le double motif qu'il était étranger, et que le fait punissable avait été commis en territoire étranger. La Cour de Cassation décida avec raison qu'en l'espèce la règle de la plénitude de juridiction de la Cour d'Assises cessait d'être applicable. On ne pouvait pas en effet opposer ici à l'accusé la déchéance qui résulte du défaut de pourvoi contre l'arrêt de la Chambre des mises en accusation. Une question dominait tout : Le droit de souveraineté.

L'ordre public étranger avait été troublé ; seul le pays où l'infraction avait été commise pouvait exiger une répression. Aussi les règles d'interprétation ordinaire de l'incompétence devaient-elles fléchir devant une cause d'annulation aussi énergique et aussi absolue (1).

Nous avons vu que la Cour d'Assises restait compé-

(1) Cass. 20 janvier 1873 (S. 73.1. 141.)

tente, quand au cours du débat la nature des infractions se modifiait, et que les crimes dégénéraient en délits ou contraventions. En serait-il de même si des infractions nouvelles venaient à se révéler au cours de l'audience ? La Cour d'Assises pourrait-elle statuer sur ces infractions en vertu de ses pouvoirs propres ?

En dehors du cas, où la Cour d'Assises statue sur l'infraction originaire dégénérée en délit ou en contravention à la suite des débats, et de l'hypothèse d'un flagrant délit commis à l'audience (505, 507 Cod. Inst. Crim.), elle commettrait un véritable excès de pouvoir, si elle voulait connaître de faits nouveaux qui se révèlent au cours de la discussion.

La Cour de Cassation s'est prononcée en ce sens dans une espèce où une Cour d'Assises avait statué sur un fait de dénonciation calomnieuse, qui s'était manifesté au cours du débat.

Cette décision était en effet illégale : statuer immédiatement, c'était priver l'inculpé de l'instruction préalable à laquelle il avait droit (130, 160 C. Inst. Crim.) ; c'était supprimer le délai de trois jours qui sépare la citation de la comparution à l'audience (184 Cod. Inst. Crim.) et lui enlever la faculté d'appel (1).

(1) Cass. 16 décembre 1858 (S. 59. 1. 182).

DEUXIÈME PARTIE

Violation de la loi pénale quant au fond.

CHAPITRE PREMIER

SOUS QUELLE FORME LA VIOLATION DE LA LOI
PÉNALE PEUT SE PRÉSENTER.

Nous en sommes arrivé avec la violation de la loi pénale quant au fond au cœur même de la théorie de la Cassation criminelle : Assurer aux inculpés une application exacte de la peine indiquée par la loi, examiner la corrélation juridique des faits incriminés avec les textes visés, c'est là l'objet principal des délibérations de la Chambre criminelle.

Avant d'aller plus loin, il nous semble nécessaire de faire une distinction qui dominera toute la matière. La

violation des règles de fond de la loi pénale, peut résulter des causes suivantes : Le juge a modifié illégalement le *quantum* ou la nature de la peine ; il a condamné ou absous, alors que les faits ne sont pas prévus par la loi, ou, qu'étant prévus par celle-ci, il n'en a pas tenu compte ; ou bien il s'est mépris sur le rapport juridique qui reliait les faits à la loi pénale, en un mot il a fait une fausse application de la peine ou une qualification illégale des faits.

Fausse application de la peine, qualification illégale des faits, voilà les deux aspects de la violation des dispositions de fond de la loi pénale.

Nous avons déjà dit que l'ancien droit avait connu ce cas de cassation sous le nom de « contravention aux ordonnances », et signalé le peu d'importance qu'il avait eu à raison de l'arbitraire qui caractérisait alors la législation criminelle.

Rappelons parmi les textes généraux concernant notre matière : Les lois du 27 novembre 1790 (art. 3, du 22 frimaire an VIII (art. 66), du 20 avril 1810 (art. 7) ; et, parmi les textes particuliers au droit criminel, le décret du 29 septembre-21 octobre 1791, ainsi conçu : « les demandes en cassation ne pourront être portées que pour cause de nullités prononcées par la loi... ou pour fausse application de la loi », l'article 5 du Code du 3 brumaire an IV disposant « que le tribunal de cassation peut annuler les jugements des tribunaux criminels 1° lorsqu'il y a fausse application des lois pénales, etc. »

Les dispositions actuellement en vigueur sont l'article 299 § 2, et les articles 410 et 411 du Code d'Instruction criminelle. L'article 299 § 2 ouvre un recours contre les arrêts des Chambres des mises en accusation quand le fait n'est pas qualifié crime par la loi. Mais sa portée est générale, et il s'applique à toutes les décisions rendues par les tribunaux répressifs. L'article 410 s'exprime ainsi : « Lorsque la nullité procèdera de ce que l'arrêt aura prononcé une peine autre que celle appliquée par la loi à la nature du crime, l'annulation de l'arrêt pourra être poursuivie tant par le ministère public que par la partie condamnée. La même action appartiendra au ministère public contre les arrêts d'absolution mentionnés en l'article 364, si l'absolution a été prononcée sur le fondement de la non existence d'une loi pénale qui pourtant aurait existé. »

Et l'article 411 ajoute : « Lorsque la peine prononcée sera la même que celle portée par la loi qui s'applique au crime, nul ne pourra demander l'annulation de l'arrêt sous le prétexte qu'il y avait erreur dans la citation du texte de la loi. »

Enfin les articles 4 et 65 du Code pénal peuvent compléter les prescriptions de la loi sur cette matière.

Cette énumération faite, il importe avant d'aller plus loin, d'examiner une controverse sur la portée de l'article 410 du Code d'Instruction criminelle. Cet article semble restreindre la cassation aux matières criminelles. Il n'en est rien, l'article 410 s'étend aux trois classes d'infractions prévues par le Code pénal.

Cette extension se justifie de la manière suivante : L'article 414 Cod. Inst. crim. rend applicables aux matières de simple police et correctionnelle les dispositions de l'article 411, qui vise les erreurs que le juge peut commettre en citant un texte pour un autre ; or, l'article 411 n'est qu'une conséquence de l'article 410 ; rendre cet article applicable aux matières de simple police, c'est étendre du même coup à ces matières l'article 410, son antécédent immédiat.

D'ailleurs, l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, fait de la violation de la loi un moyen de cassation général, qui s'applique à toutes les parties du droit criminel.

CHAPITRE II

DES CONDITIONS NÉCESSAIRES POUR QU'IL Y AIT VIOLATION D'UNE DISPOSITION DE FOND DE LA LOI PÉNALE.

Un Conseiller d'Etat, Tholozan, indiquait dans un ouvrage intitulé : *Commentaire sur le règlement du Conseil de 1738*, trois conditions nécessaires pour qu'il eut violation d'une disposition de fond de la loi (1). Il fallait :

1° Qu'il y eût une loi en vigueur que les juges devaient appliquer;

2° Qu'il y eût une contradiction entre la décision attaquée et la loi;

3° Que rien dans les faits particuliers de la cause ne fit disparaître cette contradiction.

Nous adopterons cette division dans les développements qui vont suivre en y faisant rentrer la fausse ap-

(1) Tholozan, *Commentaire sur le règlement de 1738*, p. 261.

plication de la peine et la qualification illégale des faits.

SECTION PREMIÈRE

PREMIÈRE CONDITION. — Il faut qu'il y ait une loi
en vigueur que les Juges devaient appliquer.

Quel sens faut-il donner ici à l'expression « loi en vigueur. » Nous comprendrons sous ce mot les ordonnances de police, les déclarations royales que le décret des 19-22 juillet 1791 et l'arrêté du 12 messidor an VIII laissent encore applicables (1); les décrets rendus sous le Premier Empire, inconstitutionnellement d'abord, mais ayant acquis force de loi parce qu'ils n'ont pas été annulés dans le délai déterminé par le Sénat conservateur (2), les décrets émanant du Gouvernement provisoire de 1848; ceux rendus pendant la période dictatoriale de 1852 (article 58 de la Constitution de 1852); les décrets du Gouvernement du 4 septembre que l'Assemblée Nationale n'a pas abrogés; les ordonnances et décrets rendus par le Chef du Pouvoir exécutif dans les

(1) Ordonnance de police du 6 novembre 1778, ordonnance de police du 8 novembre 1780; déclaration du 29 mars 1778.

(2) Avis du Conseil d'Etat du 12 Prairial an XIII; Cass. 8 avril 1831 (D. 1831. I. 175).

limites prévues par la loi; les arrêtés municipaux et préfectoraux dans la sphère qui leur est assignée.

La violation d'une loi romaine ne saurait être en matière pénale l'objet d'un recours en cassation. Nous signalons cependant à titre de curiosité une espèce où le demandeur en cassation appuyait sa requête sur un texte de droit romain. Il s'agissait d'un garde national condamné pour refus de service par un Conseil de discipline, et que ce Conseil avait mis en demeure, pour lui permettre d'anéantir le jugement rendu contre lui, de rapporter une décision du jury de révision sur une demande en radiation formée par lui. Le garde national n'avait ni qualité ni pouvoir pour réunir le Conseil de révision, il invoqua pour sa justification deux fragments du Digeste, la loi 39 de Pomponius, *de regulis juris*, et la loi 185 de Celsus. La Cour accueillit favorablement son moyen de cassation, mais elle n'alla pas jusqu'à viser les deux lois romaines, ce qu'elle est cependant obligée de faire en vertu de l'article 17 du décret du 28 novembre 1790 (1).

L'ancienne cause d'annulation, désignée sous le nom de contravention aux usages et à la jurisprudence, ne saurait moins encore en droit pénal qu'en droit civil permettre un recours en cassation. Les sources du droit criminel sont trop sévèrement réglementées aujourd'hui pour qu'il puisse être question d'une pareille violation de la loi.

Les circulaires et arrêtés ministériels, n'ayant pas de

(1) Cass. crim. 5 novembre 1835 (affaire Béqué).

caractère obligatoire pour les tribunaux, ne pourraient pas davantage en cas de violation faire l'objet d'un pourvoi (1).

Quant aux maximes de jurisprudence, il ne peut être question de leur violation, que quand elles sont revêtues d'un caractère législatif (2).

Il faut que la violation de la loi se trouve dans le dispositif des jugements et arrêts. C'est là en effet que sont condensés tous les éléments juridiques de la décision. Un juge peut, pour aboutir à une sentence très régulière, faire une série de raisonnements vicieux. S'ils sont contenus dans les motifs, ils échapperont à la cassation. Un arrêt du 23 janvier 1892 (S. 1892. I. 169), déclare que quelque erronés que soient au point de vue du droit les motifs donnés par l'arrêt attaqué pour prononcer la relaxe du prévenu, il y a lieu de rechercher si cette relaxe n'est pas justifiée par d'autres dispositions de l'arrêt (3). »

(1) Cass. 11 janvier 1816 (S. 16. I. 366).

(2) Cass. 23 septembre 1837 (Bull. crim. N° 29).

(3) Cass. 17 juillet 1846 (Bull. crim. N° 187) ; 9 novembre 1878 (Bull. crim. N° 294).

SECTION II

DEUXIÈME CONDITION. — Il faut qu'il y ait une contradiction entre la décision attaquée et la loi.

La conséquence de cette contradiction est une fausse application de la peine, que cette fausse application de la peine soit une cause de nullité par elle-même, ou qu'elle soit le résultat d'une erreur du juge sur la qualification donnée à l'infraction.

La Cour de Cassation doit-elle pour rechercher cette contradiction s'attacher à une interprétation littérale de la loi. Quelques auteurs s'inspirant des termes du décret du 27 novembre 1790 l'ont pensé, et l'un d'eux a pu même dire « si les termes de la loi sont clairs, il ne faut pas en rechercher l'esprit pour s'autoriser à rechercher le moyen de nullité qui est invoqué. Si les termes de la loi ne sont pas clairs, il n'y a pas violation ouverte, ni conséquemment matière à cassation. Il n'y a aucun milieu entre ces deux propositions. Il n'est pas dans le domaine de la Cour de Cassation de faire des lois; et c'est réellement en faire que de modifier celles qui existent, soit en y retranchant, soit en y ajoutant sous le prétexte d'en faire une plus juste application (1). »

(1) Carnot, de *l'Instruction criminelle*, t. III, p. 107.

Ce système qui consiste à faire de la Cour de Cassation pour l'interprétation de la loi pénale un simple rouage automatique est tout à fait contraire à l'esprit même de l'institution. La Cour de Cassation est avant tout un organe d'analyse, et sa mission consiste à chercher les raisons de la loi au delà des termes de la loi, quand celle-ci est obscure ou contradictoire.

Les textes justifient d'ailleurs cette manière de voir : Le décret du 29 septembre 1791, l'article 456 du Code de Brumaire an IV ne restreignent en aucune façon son droit de contrôle.

Quant à l'article 410 du Code d'Instruction criminelle, s'il est moins explicite que les deux autres textes, et s'il ne parle que de la nullité qui procède de l'application « d'une peine autre que celle appliquée par la loi à la nature du crime », il n'en vise pas moins beaucoup d'autres hypothèses, et n'apporte aucune limitation aux pouvoirs de la Cour de Cassation.

§ I. — *Fausse application de la peine.*

N° 1. Les juges ont acquitté, alors qu'ils devaient condamner.

Les tribunaux sont liés par les dispositions impératives de la loi pénale, et c'est la violer que de ne pas y faire rentrer les hypothèses qu'elle a prévues. Un arrêt de la Cour de Bastia, qui méconnaissait les dispositions de l'article 410 du Code pénal a été cassé pour ce motif. Cet article frappe d'une peine de deux à six mois de

prison et d'une amende de cent à six mille francs les personnes qui tiennent des maisons de jeu de hasard, les banquiers, les administrateurs et les préposés ou agents de ces établissements. La Cour de Bastia avait renvoyé le prévenu des fins de la plainte, parce qu'elle s'imaginait que la condition même du délit était, pour celui qui tenait ces maisons, l'existence dans l'établissement d'administrateurs ou de préposés : C'était ajouter au texte un élément qu'il n'avait pas prévu (1).

N° 2. Les juges ont condamné à raison d'un fait qui ne rentrait pas dans les prévisions de la loi pénale.

Il n'est pas plus permis aux tribunaux de ne pas appliquer la loi, que de l'étendre à un cas pour lequel elle n'a pas été faite.

La Cour de Cassation a eu l'occasion de faire l'application de ce principe à l'espèce suivante : Un officier ministériel prélevait des émoluments exagérés sur les fonds dont il était dépositaire. Le tribunal et la Cour d'appel virent dans ce fait le délit de larcin, prévu par l'article 401 du Code pénal. Sans examiner ici la question de savoir si on ne se trouvait pas plutôt en face des éléments constitutifs de l'abus de confiance, que de ceux du larcin, il est certain que l'élément pénal de soustraction frauduleuse n'existait pas dans les faits incriminés. Aussi la Cour de Cassation a-t-elle fort justement décidé « que le larcin est une variété du vol, et doit dès lors

(1) Cass. 19 février 1886 (S. 1846. 1. 431); 26 mars 1813 (S. 1813. 1. 416); 9 août 1833 (S. 1833. 1. 847); 19 février 1846, (S. 1846. 1. 432).

remplir les conditions exigées par l'article 379 (C. P.) ; qu'il suppose donc la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ; attendu dans l'espèce que l'arrêt attaqué a constaté que l'avoué C... était détenteur de deniers sur lesquels il a exercé une retenue, objet de la plainte du sieur M..., en vertu de la remise volontaire qui lui en avait été faite, soit comme avoué dudit M..., soit comme prêteur de deniers sous un nom supposé, attendu que ce ne serait pas par suite d'une main-mise, équivalent à une soustraction que C... se serait attribué au moins cent vingt-huit francs de plus qu'il ne lui appartenait légitimement, sur la somme étant dans ses mains ; attendu que la fraude qui avait présidé à cette opération ne saurait faire rentrer le fait dont il s'agit dans la classe des vols ou larcins, etc. (1).

N° 3. La peine prononcée est plus forte ou moins forte que la peine légale.

L'article 463 du Code pénal permet aux Cours d'assises, lorsque le jury accorde à l'accusé le bénéfice des circonstances atténuantes de descendre de deux degrés dans l'application de la peine ; il les force toujours à infliger la peine immédiatement inférieure, sans que néanmoins il soit possible de réduire l'emprisonnement à moins de deux ans, si la peine est celle des travaux forcés à temps ; à moins d'un an, si la peine est celle de la réclusion.

(1) Cass. 14 septembre 1847 (S. 1848. 1. 171) ; 26 juin 1838 (S. 38. 1. 565).

C'est en s'appuyant sur l'article 463, mais en prenant un point de départ inexact pour l'application de la peine que la Cour d'Assises de la Corse substituait la peine de la réclusion à celle de l'emprisonnement légalement applicable.

Une accusée était poursuivie devant cette Cour d'assises pour un vol, aggravé par ce fait qu'il avait été commis la nuit, dans une maison habitée, avec effraction et en usant de fausses clefs.

Le jury écarta les circonstances aggravantes de « fausses clefs et d'effraction ». La Cour, au lieu de combiner l'article 386 du Code pénal qui vise le vol commis pendant la nuit et le punit de la réclusion avec l'article 463 sur les circonstances atténuantes, fit porter l'atténuation sur l'article 381 (C. P.) qui prévoit les autres circonstances aggravantes et les frappe des travaux forcés à perpétuité. Le point de départ choisi par la Cour pour l'application de la peine étant inexact, il en résulta une aggravation de peine pour l'accusée, qui se vit ainsi punie de la réclusion, alors qu'elle méritait l'emprisonnement.

« Attendu, dit la Cour de Cassation, que le jury en écartant les circonstances aggravantes d'effraction et de fausses clefs, relevées par l'arrêt de renvoi et l'acte d'accusation, a déclaré la demanderesse coupable seulement du vol commis la nuit dans une dépendance de maison habitée, et lui a accordé le bénéfice des circonstances atténuantes ; que, par suite la Cour ne pouvait aux termes de l'article 386 combiné avec l'article 463 la condamner qu'à la peine de l'emprisonnement ;

« Que cependant, visant l'article 384 modifié par l'article 363, elle a prononcé contre M... la peine de dix ans de réclusion, peine qui n'est pas justifiée ; Par ces motifs, casse, etc. (1) »

Il en serait de même si un tribunal appliquait à un inculpé une peine plus douce que la peine légale ; si par exemple, il dispensait de la mise sous la surveillance de la police (transformée en interdiction de séjour par la loi du 27 mai 1885, art. 19), un prévenu de récidive légale, quand cette disposition pénale est impérative (2) ; ou bien s'il négligeait d'infliger une peine accessoire (3), ou s'il ne tenait pas compte de l'état de récidive légalement établi (4), ou si enfin l'arrêt omettait de condamner aux frais (5) ou excluait de la condamnation les frais qu'elle doit contenir (6).

§ II. — *De l'influence de l'erreur de citation du texte
sur l'application de la peine.*

L'article 411 du Code d'Instruction criminelle est ainsi conçu : « Lorsque la peine prononcée sera la même

(1) Cass. 20 juillet 1895 (Bull. crim. n° 215) ; 17 août 1822 (Jour. Pal.) ; 2 mars 1832 (S. 1832. 1. 36) ; 13 août 1840 (S. 40. 1. 732).

(2) Cass. 18 mars 1833 (D. 1833. 1. 207).

(3) Cass. 14 juin 1844 (S. 1844. 1. 829).

(4) Cass. 19 juin 1840 (Bull. crim. n° 183).

(5) Cass. 20 mai 1838 (S. 1838. 1. 517).

(6) Cass. 24 juin 1842 (D. 1843. 1. 359).

que celle portée par la loi qui s'applique au crime, nul ne pourra demander l'annulation de l'arrêt, sous le prétexte, qu'il y aurait erreur dans la citation du texte de la loi. »

La raison d'être de ce texte se justifie aisément : on n'a pas voulu accumuler les causes de nullités dans une législation qui en compte déjà beaucoup, et comme les inculpés n'avaient souvent pas intérêt, la peine étant identique, à être condamnés en vertu d'un texte plutôt que d'un autre, la voie de la cassation leur a été fermée. Nous verrons par la suite que l'article 411 offrait un véritable danger. Si l'on déclare non recevables les pourvois des condamnés pour la rectification d'une erreur matérielle, c'est que l'on n'a pas voulu faire de la chambre criminelle un simple rouage mécanique : mais l'erreur de citation peut avoir une réaction sur la qualification légale des faits et préjudicier ainsi au condamné ; il pourrait même se faire que dans l'esprit des magistrats de deux délits punis de peines identiques, le délit faussement visé impliquât un caractère de criminalité plus dangereux, que le délit commis, et qu'ils fussent ainsi amenés dans les limites d'un même maximum et minimum à appliquer une peine plus sévère que la peine méritée.

La jurisprudence a rejeté des pourvois, parce que la peine était bien appliquée, alors même que le fait incriminé ne rentrât pas dans les prévisions du texte visé. C'est ainsi que la Cour de Cassation a maintenu une condamnation qui reposait sur la citation erronée d'une circu-

laire ministérielle sans que le Tribunal énonçât la loi pénale à laquelle elle se référait. (1)

Elle a rejeté également le pourvoi d'un individu condamné pour vol qualifié aux travaux forcés à perpétuité en vertu de l'article 382 C. P. au lieu de l'article 381, parce que toutes les conditions prévues par ce dernier article se trouvaient réunies.

La Cour de Cassation a encore fait l'application de l'article 441 C. I. C. à un individu qui fondait son pourvoi sur ce qu'étant en état de récidive légale, la Cour d'Assises avait visé l'article 58 (ancien) du code pénal au lieu de l'article 57 (ancien). La difficulté qui se présentait était assez délicate, parce que la confusion des articles pouvait amener une fausse application des règles à la récidive. Il s'agissait d'un accusé qui avait déjà subi une condamnation à cinq ans de prison et dix ans de surveillance de police (aujourd'hui transformé en interdiction de séjour) pour attentat à la pudeur sans violence sur la personne d'une enfant de onze ans (ancien article 331 C. P. modifié par la loi du 13 mai 1863) ; cette condamnation à l'emprisonnement résultait de l'admission des circonstances atténuantes.

Des faits de même nature l'amenèrent une seconde fois devant la Cour d'Assises; cette fois encore et grâce au bénéfice des circonstances atténuantes il fut condamné à dix ans de prison et dix ans de surveillance. L'arrêt avait visé l'article 58 (ancien) du Code Pénal,

(1) Cass. 26 février 1828 (Journ. Pal. Chr.)

qui traite de la récidive de délit à délit (1) au lieu de l'article 57 (ancien), qui réprime la récidive de crime à crime.

Il n'y avait en l'espèce ni fausse application de la peine, ni confusion d'articles pouvant préjudicier à l'accusé. La Cour d'Assises se trouvait en présence du concours des circonstances atténuantes et de la récidive. Elle avait commencé par appliquer les circonstances atténuantes pour finir par l'aggravation de peine, et comme cette aggravation portait sur l'emprisonnement, elle avait cru devoir citer l'article concernant la récidive de peine correctionnelle à peine correctionnelle, bien que les deux faits incriminés fussent des crimes. (2)

(1) Cass. 28 août 1845 (S. 1846. 1. 63.)

(2) Depuis la loi du 26 mars 1891 qui a modifié les conditions de la récidive, l'erreur de citation du texte et la confusion des articles du Code Pénal pourraient avoir des conséquences très préjudiciables pour les condamnés. Sans entrer dans l'analyse de cette loi, rappelons qu'elle a limité à cinq années la période pendant laquelle un nouveau fait délictueux entraînera pour son auteur l'aggravation de peine résultant de la récidive. Il faut en outre que le deuxième délit soit de même nature que le premier, et qu'il s'agisse d'une récidive de peine correctionnelle à peine correctionnelle. Supposons qu'un individu ait commis le délit de chantage (400 C. P.) et qu'il soit par une erreur de texte condamné pour vol en vertu de l'article 401 C. P. Dans la période de cinq ans qui suit la première condamnation, il commet cette fois le délit de vol, est poursuivi, condamné, et subit l'aggravation de peine résultant de la récidive à raison de la qualification inexacte donnée au premier délit. On voit dans notre espèce quel intérêt il y a pour l'inculpé à ce que toute confusion soit évitée.

Il en est de même, quand l'erreur du juge a eu pour effet d'infliger à l'inculpé une peine plus douce que celle indiquée par la loi ; mais ici c'est le défaut d'intérêt qui est une cause de non-recevabilité pour le pourvoi. La Jurisprudence a fait l'application de ce principe à un condamné, qui attaquait un arrêt, parce qu'il ne lui avait pas été fait l'application de l'amende édictée par l'article 164 du Code Pénal, amende qui est le complément de la peine infligée au faux.

Nous avons dit que le mobile, qui avait inspiré les rédacteurs de l'article 411 du Code d'Instruction criminelle, c'était de ne pas permettre des recours inutiles, pour des erreurs purement matérielles. L'erreur de citation d'un texte peut cependant influencer sur la qualification de l'infraction, et préjudicier au condamné. La Cour de Cassation dans un arrêt du 11 novembre 1819 décidait à propos d'une erreur de cette sorte « qu'on ne saurait justifier le jugement attaqué en disant qu'il y a dans la cause les éléments de la soustraction frauduleuse, s'il n'y a pas délit de vol, et que les peines prononcées n'excèdent pas celles dont la loi punit ce premier délit ; que la prévenue est déclarée coupable non d'escroquerie, mais de soustraction frauduleuse, et que sa condamnation ne peut avoir pour base légale un délit dont elle n'est pas déclarée coupable. » (1)

Mais la Jurisprudence de la Cour de Cassation n'a pas toujours été en ce sens, et elle a maintenu par une

(1) Cass. 11 novembre 1819 (Jour. Pal. Chr.)

condamnation pour vol, alors que l'analyse des faits révélait un abus de confiance, parce que le tribunal n'était pas sorti des limites de l'article 408 C. P., qui réprime ce délit. Il s'agissait d'un vendeur d'effets mobiliers, qui, resté en possession de ces objets par suite d'une convention intervenue entre lui et son acheteur, les avait détournés au préjudice de ce dernier : « attendu, dit la Cour de Cassation, que dans cet état de choses l'arrêt attaqué n'a pu légalement donner la qualification de soustraction frauduleuse à cet enlèvement ; d'où il suit qu'à cet égard la Cour de Paris a faussement interprété l'article 379 du Code Pénal, et qu'il y aurait lieu sous ce rapport de casser l'arrêt qui a fait application au prévenu de l'article 401 du même Code, mais attendu qu'aux termes des articles 411 et 414 du Code d'Instruction criminelle, lorsque la peine prononcée sera la même que celle édictée par la loi, et s'applique au crime et au délit ; et, vu que la peine prononcée par l'arrêt n'excède pas le maximum de l'emprisonnement fixé par cet article, nul ne peut demander l'annulation de la condamnation sous le prétexte qu'il y a eu erreur dans la citation du texte de la loi. » (1)

Sommes-nous ici en présence d'une erreur de citation de texte pure et simple, erreur qui va jusqu'à confondre le vol avec l'abus de confiance ? On voit le danger de cette extension donnée à l'article 411, surtout lorsqu'il y a des affinités entre deux délits. On aboutit à la violation manifeste de la loi.

(1) Cass. 14 septembre 1855 (S. 1855. 1. 851)

Est-il besoin de dire qu'il est d'un intérêt majeur pour un condamné que leur qualification exacte soit laissée aux faits incriminés. D'abord en cas de récidive, les magistrats peuvent se montrer plus sévères dans la répression, si la qualification du premier délit leur paraît dénoter un état de criminalité plus grand; (1) puis le condamné peut tenir pour faciliter sa réhabilitation à ce que la mention exacte de l'infraction dont il s'est rendu coupable soit inscrite sur son casier judiciaire.

Dans l'espèce qui nous occupe la Cour avait qualifié vol simple le délit d'abus de confiance. Or, la peine du vol simple est un emprisonnement de deux à cinq ans, celle de l'abus de confiance, un emprisonnement de deux mois à deux ans. Bien que la Cour n'eût pas dépassé pour l'application de la peine le maximum commun aux deux délits, le condamné pouvait se considérer comme plus sévèrement puni, parce que la loi attache une sanction pénale plus énergique au vol simple qu'à l'abus de confiance.

Ce ne serait plus une erreur de citation de texte, mais une violation de la loi que le fait par un tribunal de mentionner l'état de récidive d'un inculpé, quand cet état n'existe pas. Il y a lieu à cassation, même si en cas de récidive le Tribunal ne porte pas la peine au maximum ou au double (art. 58 ancien), parce que la men-

(1) Cette considération mise à part, nous avons déjà montré quelles conséquences graves pouvaient avoir pour les condamnés l'erreur de citation du texte en matière de récidive depuis la loi du 26 mars 1891.

tion illégale peut avoir provoqué indirectement une répression plus sévère que celle méritée (1).

Il en serait de même, si une Cour d'Assises en présence de deux déclarations affirmatives du Jury emportant toutes deux la peine des travaux forcés à perpétuité, mais l'une impérativement, l'autre facultativement, la première étant irrégulière, cette Cour s'appuyait pour condamner sur la première. Cette condamnation manquerait d'une base légale certaine. (2)

On voit que le champ d'application de l'article 441 est assez modeste, et qu'il y aurait un danger à en étendre la portée à des décisions, que l'on peut considérer comme de véritables violations des règles de fond de la loi pénale.

SECTION III

TROISIÈME CONDITION. — Il faut que rien dans les faits particuliers de la cause ne fasse disparaître la contradiction qui existe entre le jugement ou l'arrêt et la loi.

Nous reprenons ici la troisième partie de la division donnée par Tholozan dans son mémoire sur la Cassation : l'inexistence dans les faits particuliers de la cause d'une circonstance qui fasse disparaître la contradiction

(1) Cass. 13 août 1880 (S. 1882. 1. 144) ; 21 décembre 1871 (D. 72. I. 33) ; 29 janvier 1885 (Bull. Crim. n° 40).

(2) Cass. 6 mai 1847 (S. 47. 1. 461).

qui existe entre l'arrêt et la loi. C'est une partie très délicate de la théorie de la Cassation Criminelle : Il s'agit en effet d'examiner dans quelle mesure la Chambre Criminelle peut descendre dans l'analyse des faits pour découvrir cette contradiction, jusqu'où va son droit de contrôle, et quelle frontière précise sépare le domaine du fait du domaine du droit?

Constatons d'abord que les Tribunaux répressifs pour remplir la mission qui leur est confiée par la loi passent nécessairement par trois étapes successives: 1° La constatation des faits délictueux; 2° Leur qualification légale; 3° La conséquence pénale que cette qualification entraîne.

Nous avons déjà parlé des conséquences pénales de la qualification des faits en traitant de la fausse application de la peine. Nous avons vu que c'était une question de droit pur qui rentrait tout-à-fait dans le domaine de la Cour de Cassation. Nous allons maintenant nous occuper de la constatation des faits et de leur qualification.

§ I. — *De la constatation des faits délictueux.*

Il n'entre pas dans la mission de la Cour de Cassation de constater les faits matériels, qui peuvent tomber sous le coup de la loi pénale. C'est ce que constate fort judiciairement un avis du Conseil d'Etat du 18 janvier 1806 : « Les constitutions n'ont établi, dit cet avis, que deux degrés de juridiction. Elles ont créé les Cours d'Appel pour juger en dernier ressort; mais les actes émanés de

ces Cours n'ont le caractère de décisions souveraines, qu'autant qu'ils sont revêtus des formalités requises pour constituer un jugement. Si les formes ont été violées, il n'y a pas de jugement à proprement parler, et la Cour de Cassation détruit un acte irrégulier. Si, au contraire, toutes les formes ont été observées le jugement est réputé la vérité même.

Des raisons pressantes d'un intérêt général ont impérieusement exigé cette maxime. Des juges supérieurs sont établis pour réparer les erreurs d'une première décision, s'il était encore nécessaire de remettre en question ce qui aurait été jugé par les Cours, où faudrait-il arrêter ces examens ultérieurs, et quelle plus forte garantie la société aurait-elle contre les erreurs de troisièmes ou de quatrièmes juges. » (1)

On le voit la Cour de Cassation n'est pas un nouveau degré d'appel, et les tribunaux répressifs ont pleine souveraineté pour la constatation des faits.

S'agit-il par exemple de savoir quels mobiles ont pu inspirer à un publiciste tel article de journal, et si l'intention de nuire est bien manifeste ; une telle constatation rentre exclusivement dans les pouvoirs d'appréciation des tribunaux ordinaires : « attendu, dit un arrêt, qu'il résulte expressément du jugement dont les motifs ont été adoptés par la Cour et l'arrêt, que les circonstances de la cause étaient exclusives de la bonne foi

(1) Encyclopédie Sebire et Carteret, v^o Cour de Cassation, n^o 357 p. 308.

invoquée par le demandeur, reconnu coupable du délit de diffamation qui lui était reproché ; que cette appréciation de l'intention appartenait exclusivement au juge du fait et qu'elle échappe au contrôle de la Cour de Cassation. » (1) On comprend aisément que cette analyse de nature toute psychologique relève exclusivement des tribunaux répressifs, et ne saurait rentrer dans la sphère d'appréciation de la Cour de Cassation.

Il en serait de même s'il s'agissait de constater qu'au moment du délit l'accusé avait l'esprit aliéné ; (2) que les breuvages administrés étaient de nature à provoquer l'avortement ; (3)

Que les produits photographiques constituent des dessins et sont des œuvres d'art, dignes d'être protégées contre la contrefaçon ; (4)

Que tel appareil constitue une invention une découverte ou une application nouvelle ; (5)

Que le délai moral nécessaire à un vendeur de valeurs à lots pour déclarer le numéro du titre vendu n'a pas été excédé, lorsque l'acheteur a reçu cinq jours après la vente le numéro indicatif du titre. (6)

Ce serait porter atteinte à l'autorité de chose jugée

(1) Cass. 5 septembre 1872 (S. 1873. 1. 487)

(2) Cass. 25 Fructidor an VIII (Journ. Pal. Chr.)

(3) Cass. 3 octobre 1806 (Journ. Pal. Chr.)

(4) Cass. 28 novembre 1862 (Bull. crim. n° 256)

(5) Cass. 12 février 1886 (D. 1887. I. 237)

(6) Cass. 8 juin 1888 (D. 1888. I. 489)

que de rouvrir devant la Cour de Cassation un débat sur de pareilles questions, que les tribunaux répressifs ont tranchées une fois pour toutes.

Mais il est des cas où des difficultés peuvent surgir, car la constatation du fait est souvent de la part du juge une véritable qualification légale, et si cette qualification est inexacte, on se trouve en face d'une erreur de droit que la Cour de Cassation est compétente pour rectifier. Elle a en effet posé en principe « que si les déclarations en fait données par les tribunaux et par les Cours sont irréfragables, il n'en est pas de même des qualifications qu'ils donnent aux faits par eux déclarés et des conséquences qu'ils en ont tirées; que l'examen de ces qualifications rentre dans les attributions de la Cour de Cassation; que cette Cour étant chargée de réprimer les violations qui seraient commises contre la loi a nécessairement qualité pour juger l'appréciation des faits et leurs conséquences, puisque ce jugement devient la base de l'application de la loi pénale. » (1)

La matière de la tentative a donné lieu, à propos du droit qu'ont les tribunaux de constater souverainement les faits, à de nombreuses variations de jurisprudence. Il s'agit de savoir en effet si les faits constitutifs de la tentative, entraînent avec eux quand ils sont constatés une qualification légale, qualification qui tomberait sous le contrôle de la Cour de Cassation.

(1) Cass. 2 avril 1825 (Bull. crim. n° 25)

L'article 2 du Code Pénal dit « que toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue, ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur est considérée comme le crime même. »

Les auteurs du Code Pénal semblent avoir voulu par la définition qu'ils viennent de donner, rester dans les généralités, et laisser ainsi aux juges du fait toute liberté pour relever et punir les multiples variétés de la tentative. Il est en effet très difficile dans la pratique de distinguer ce qu'on appelle un acte préparatoire d'une tentative proprement dite.

Mille nuances imperceptibles, délicates, séparent souvent la volonté criminelle de la volonté innocente. Il faut rechercher les rapports de causalité qui rattachent les faits à l'infraction qui n'a pu encore se produire. On sent que nous sommes dans un domaine purement psychologique, subjectif même pour ainsi dire.

Les tribunaux plus rapprochés des faits, des inculpés, que la Cour de Cassation, semblent donc devoir être exclusivement compétents pour saisir ces nuances, établir ces rapports de causalité, constater en un mot la tentative. La jurisprudence de la Cour de Cassation a beaucoup varié sur la question. Elle a d'abord jugé qu'il lui appartenait d'apprécier en révisant les décisions des Chambres des mises en accusation, si les faits réunissaient les caractères de la tentative; puis elle est revenue sur sa première opinion, et a décidé que les Cham-

bres des mises en accusation étaient souveraines pour faire ces constatations.

Dans un arrêt de 1886, elle semble laisser toute liberté aux tribunaux pour constater les faits de cette nature, mais pénétrant à son tour dans l'analyse des faits incriminés, elle exerce son droit de contrôle, qu'elle vient d'abdiquer. Cette contradiction démontre qu'il y a dans la tentative deux éléments qu'à première vue on peut séparer : une appréciation de la volonté criminelle de l'agent, qui, dans une première opinion relèverait exclusivement des juges du fait ; une qualification légale de cette intention par son rapprochement avec l'infraction qui ne s'est pas réalisée, qualification qui tombe sous le contrôle de la Cour de Cassation, parce que c'est une pure question de droit.

Une Chambre des mises en accusation avait décidé dans notre espèce que le fait de remettre à un tiers un breuvage empoisonné avec mission de le faire boire à une personne déterminée constituait la tentative d'empoisonnement aux termes des articles 2 et 301 du Code pénal. Voici comment la Cour de Cassation apprécie les termes de l'arrêt : « Attendu qu'il est constaté par l'arrêt, qu'après avoir fait infuser des allumettes phosphoriques dans de l'eau chaude et avoir mélangé ce poison à une tisane préparée depuis longtemps, la demanderesse a remis à sa belle-sœur, chargée de la garde de sa fille, âgée de quinze mois, le flacon contenant le breuvage empoisonné en le lui présentant comme contenant un médicament utile à la santé de l'enfant, et, en lui recommandant d'administrer une cuillerée de ce médica-

ment... *Attendu, en droit, qu'en énumérant les caractères que doit avoir la tentative de crime pour être assimilée au crime, la loi n'a pas déterminé les faits et les circonstances nécessaires pour constituer cette tentative, qu'elle en a laissé l'appréciation aux magistrats, chargés de prononcer sur la prévention ou l'accusation; d'où il suit que la Cour d'Appel de Lyon en considérant la remise du flacon contenant le breuvage empoisonné à un tiers chargé de l'administrer comme au commencement d'exécution, et en décidant dans ces circonstances que la demanderesse avait volontairement tenté de commettre un attentat à la vie de J..., sa fille, et que cette tentative n'ayant manqué son but, ou n'ayant été suspendue que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur constitue un crime; que l'arrêt loin d'avoir violé les articles 2 et 301 du Code pénal en a fait au contraire une saine application (1). »*

La Cour de Cassation commence d'abord par dire que les Tribunaux sont souverains pour se livrer à des constatations de fait, puis en analysant à son tour les faits, et considérant « que la remise du flacon contenant le breuvage empoisonné à un tiers chargé de l'administrer constitue un commencement d'exécution » elle reprend le droit de contrôle, qu'elle venait de se refuser. Quelle est donc la limite qui sépare en cette matière les pou-

(1) Cass. 10 décembre 1842 (Bull. crim. N° 323) : — 26 septembre 1846 (S. 1847. I. 289), 3 juillet 1886 (S. 1887. I. 489).

voirs des autres tribunaux de ceux de la Cour de Cassation ?

Les Tribunaux répressifs seraient d'après un certain nombre d'auteurs seuls compétents pour constater l'intention criminelle avec des indices souvent si fugitifs. Ainsi dans notre espèce, la constatation que « la remise du flacon contenant le breuvage empoisonné à un tiers chargé de l'administrer est un acte d'exécution, constituerait une interprétation pure et simple de la volonté criminelle que la Cour de Cassation ne saurait reprendre. Mais la qualification de cette intention criminelle, le fait de dire qu'elle constitue une tentative d'empoisonnement serait une déclaration tombant sous le contrôle de la Cour de Cassation.

La Cour de Cassation ne pourrait dans ce système intervenir qu'en présence d'une erreur de droit commise par le juge de fait en rattachant les actes d'exécution à des infractions déterminées : Comme si par exemple il confondait une tentative de vol avec une tentative d'escroquerie, ou bien encore s'il disait qu'il y a tentative de chantage, alors que les faits constatés ne contiennent pas les éléments du délit, qui n'a pu se réaliser.

Nous estimons que la constatation des faits constitutifs de la tentative et leur qualification sont une pure question de droit. Comment en effet décider qu'il y a une tentative de vol, par exemple, sans tenir compte des éléments constitutifs du délit ? La tentative n'a de raison d'être que si on la rapproche de la définition légale de l'infraction. Or, une analyse de cette nature rentre directement dans les pouvoirs de la Cour de Cassation. Que

l'exécution du fait incriminé soit complète, suspendue ou manquée, on se trouve toujours en présence d'une infraction déterminée dont la Cour de Cassation a le droit de constater l'existence. Qu'il s'agisse donc de dire si l'on trouve réunis les éléments d'une véritable tentative, ou que les juges du fait ont confondu une tentative de délit ou de crime avec une autre tentative de délit ou crime, constatation des actes d'exécution ou contrôle de la qualification donnée à la tentative, autant de questions de droit que la Cour de Cassation peut souverainement trancher (1).

§ II. — *De la qualification illégale des faits.*

Nous venons de montrer dans quelle mesure les tribunaux étaient compétents pour constater l'existence des faits, qui tombent sous le coup de la loi pénale. Les constatations faites, il reste à les qualifier. Que les tribunaux reconnaissent aux faits un caractère délictueux, alors qu'ils n'en ont pas, ou qu'ils incriminent des actes que la loi n'a pas prévus, ou bien encore qu'ils se trompent sur la nature des infractions et les confondent, au-

(1) En ce sens Cass. 29 octobre 1813 : — 19 décembre 1879 (1880. I. 396) : 10 Juillet 1885 (S. 1887. I. 9).

Voir sur cette question Faustin-Hélie, traité de l'instruction criminelle t. 8, N° 4002 ;

Le Sellyer, traité de la criminalité, t. 1. N° 29 : — Blanche et Dutruc, Etudes pratiques sur le Code pénal, t. 1, N° 12 : — Haus, principes généraux du droit pénal belge, N° 412.

tant de violations de la loi que la Cour de Cassation aux termes des articles 299 et 410 du Code d'instruction criminelle a pour mission de rectifier.

Avant d'aborder les développements de cette partie de la théorie de Cassation criminelle, il est indispensable de faire une distinction.

Le législateur procède pour réprimer un fait qu'il considère comme dangereux de deux façons différentes : ou bien il définit minutieusement les éléments de l'infraction (1), ou il donne une formule générale, en laissant aux tribunaux le soin d'y faire rentrer les espèces dans leur infinie variété.

Nous adopterons cette division dans les développements qui vont suivre.

N° I. — La loi a défini les éléments de l'infraction.

Le législateur estime que le vol atteint à un certain moment un tel caractère de gravité, qu'il mérite une répression, et il en fait le délit d'escroquerie. Il décrit ainsi les éléments du fait délictueux : « Quiconque soit

(1) Il est impossible en droit pénal de donner toujours des définitions adéquates aux faits incriminés : c'est ainsi que pour l'escroquerie, comme on ne peut pas prévoir toutes les variétés du délit, il faut nécessairement les englober sous la formule « manœuvres frauduleuses ». Reste à savoir dans quelle mesure la Cour de Cassation est compétente pour analyser ces manœuvres. C'est une question que nous examinerons par la suite.

en faisant usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaires ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou tout autre événement chimérique, se sera fait remettre ou délivrer, ou aura tenté de se faire remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges, et aura, par un de ces moyens, escroqué ou tenté d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui, sera puni d'un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus et d'une amende de cinquante francs au moins et de trois mille francs au plus.

Le coupable pourra être, en outre, à compter du jour où il aura subi sa peine, interdit, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus des droits mentionnés en l'article 42 du présent Code : Le tout sauf les peines plus graves, s'il y a un crime de faux (art. 405). »

La loi a essayé de tout prévoir : L'objet, les moyens, le but, la peine du délit. Sera donc sujet à cassation tout arrêt qui voudrait étendre l'article 405 (C. P.) à des actes qui ne présentent pas le caractère légal auquel on reconnaît l'escroquerie, ou qui se refuserait de l'appliquer aux faits constitutifs de ce délit. C'est ainsi que la jurisprudence a cassé un arrêt qui donnait à l'article 405 une portée extensive. Si les manœuvres frauduleuses sont punies par la loi, il faut qu'elles aient pour effet, suivant les expressions du Code pénal, de faire naître dans l'esprit de la victime du délit « l'espérance

ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique » ; ou bien il faut encore pour que l'escroquerie soit établie que l'agent se soit servi « de faux noms ou d'une fausse qualité ». Mais la loi n'a pas entendu sévir contre les allégations mensongères, si coupables fussent-elles, lorsqu'elles n'ont pas eu les conséquences indiquées plus haut. Dans l'espèce que nous citons, une femme ayant appris qu'une somme d'argent avait été trouvée dans un lieu public, et qu'un tiers en était dépositaire, se rendit chez celui-ci, lui déclara faussement que la somme lui appartenait, et se la fit remettre grâce à cette allégation mensongère. Elle fut condamnée. Mais la Cour de Cassation annula l'arrêt : « attendu en droit, dit la Cour de Cassation, que ce fait ne réunit pas les caractères prévus par l'article 405 du Code pénal pour constituer le délit d'escroquerie ; qu'en effet il ne suffit pas que le prévenu se soit approprié de mauvaise foi une somme d'argent appartenant à autrui ; qu'il faut encore qu'il y soit parvenu à l'aide de divers moyens définis par ledit article, et spécialement soit à l'aide d'une fausse qualité, soit à l'aide de manœuvres frauduleuses qu'il a caractérisées ; attendu qu'il est de règle que de simples mensonges pareils à ceux dont s'est servie la veuve S... ne constituent pas de véritables manœuvres frauduleuses s'ils ne sont pas appuyés auprès de la personne qu'ils ont pour but de tromper ni par un moyen extérieur, ni par une mise en scène quelconque de nature à capter sa confiance ;

Attendu, d'un autre côté, qu'en affirmant mensongèrement que la somme perdue lui appartenait, la veuve

S... en a imposé sur son droit, mais qu'à proprement parler elle ne s'est pas attribué une fausse qualité dans le sens de l'article 405 ; d'où il suit que l'arrêt attaqué a faussement appliqué et par suite violé ledit article (1)».

Le mensonge de la prévenue ne rentrait pas en effet dans le cadre des manœuvres frauduleuses définies par l'article 405 C. P. L'affirmation par une personne d'un droit fictif de propriété sur une chose ne peut pas être considérée comme l'usage d'une « fausse qualité ».

Le droit de propriété n'emporte pas par lui-même une qualité juridique spéciale sur laquelle on puisse induire d'autre personnes en erreur, si, comme le dit la Cour de Cassation, on ne se sert pas d'une mise en scène quelconque de nature à capter la confiance des personnes.

Un autre exemple fera encore mieux saisir toute la portée du droit de contrôle de la Cour de Cassation. L'article 379 du Code Pénal définit le vol « la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui » L'élément pénal, désigné sous le nom de soustraction frauduleuse se rencontre-t-il dans l'espèce suivante ? Un individu avait remis à une autre personne une pièce de monnaie pour lui permettre de l'examiner ; mise en demeure de la rendre, elle refusa, se rendait-elle coupable de vol ? Elle fut condamnée ; mais la Cour de Cassation annula la condamnation. (2) Si déloyale en effet qu'eut été l'intention du

(1) Cass. 12 février 1863 (S. 1863. 1. 325).

(2) Cass. 12 février 1863 (S. 1863. 1. 325.)

prévenu, on ne pouvait pas reconnaître « un vol » dans les faits qui lui étaient reprochés. Pour qu'il y ait soustraction frauduleuse il faut que la chose soit appréhendée contre le gré du propriétaire ; or ici on se trouvait en présence d'une remise de la chose absolument volontaire avec charge de restituer après examen. La Cour de Cassation appliquait fort judicieusement la loi en cassant l'arrêt qui réprimait des faits auxquels le Code Pénal n'attache aucune sanction.

N° II. — La loi n'a pas défini les éléments de l'infraction.

S'il est aisé à la Cour de Cassation de faire respecter la loi par les tribunaux quand les éléments des délits sont bien précisés, sa tâche devient plus complexe et plus délicate, quand il lui faut rechercher les violations de la loi commises dans la répression d'infractions qui n'ont pas été définies, comme certains délits de presse, l'injure ou la diffamation par exemple.

Comment distinguer dans ce cas le domaine du droit de celui du fait ? Dans quelles limites la Cour de Cassation est-elle compétente pour pénétrer dans l'analyse des faits incriminés ?

Une controverse très vive est née à l'occasion des pouvoirs de contrôle de la Cour de Cassation. Longtemps elle se refusa le droit de vérifier les qualifications des délits que la loi n'avait pas définis. Cette opinion fut défendue en 1822 par le Président Barris ; d'autres juri-

consultes vinrent lui donner l'appui de leur autorité.(1)
« La Cour de Cassation, disait le Président Barris, n'est instituée que pour réprimer les violations de la loi ; elle ne peut connaître du bien ou du mal jugé, et sa censure sur des décisions rendues par les tribunaux ordinaires, qui n'ayant été réglées par aucune disposition de la loi, n'ont été soumises qu'à leur discernement et à leur conscience ; or, les propos et les imputations qui produisent l'injure et la diffamation sont une de ces matières, qui n'ont pas pu être l'objet de dispositions législatives.

Variables à l'infini, sans caractère fixe et absolu, leur moralité dépend toujours des circonstances d'intention, de temps, de lieu, et même du rang et de l'existence dans la société de ceux à qui ils ont été adressés, ou qui les ont proférés.

L'appréciation de tous ces éléments était audessus de la prévoyance de législateur, et il les a abandonnés aux tribunaux, qui, placés auprès des parties peuvent seuls déterminer le caractère qui doit appartenir aux discours et aux imputations, qui ont été le sujet des poursuites... » (2)

Les mêmes idées ont été exprimées par le Procureur général Dupin, qui, à propos d'un délit de presse disait : « La Cour de Cassation se livrera-t-elle à l'appréciation de l'article ? Mais alors il faudra discuter

(1). Merlin, Répertoire de Jurisprudence, Vo Société § 2, Section 3, n° 2 ; Mangin, Traité de l'Instruction écrite, t. II p. 243.

(2) Notes manuscrites de M. le Président Barris, n° 288.

devant elle l'écrit incriminé, le déchiquter, l'interpréter; il faudra apprécier les circonstances dans lesquelles il a été écrit, car il s'agit d'un délit moral, intellectuel, qui se compose de l'intention de l'auteur, des circonstances de personne, de temps et de lieu, qui rendent l'écrit innocent ou coupable. Le Procureur général, sortant de son ministère, deviendra accusateur; l'avocat de la partie, sortant également du sien devra avoir la parole le dernier pour répondre à l'accusation, car, si devant la Cour suprême personne ne peut prendre la parole après le ministère public, c'est parce que devant elle le ministère public ne parle que pour la défense de la loi..... Aucune loi n'a dit que l'article publié par Monsieur un tel dans telle commune de France, tel jour de l'année serait criminel; l'appréciation de tous ces faits est au dessus de la puissance du législateur, il les a abandonnés aux tribunaux, qui, placés près des parties au sein des faits, peuvent seuls déterminer par les circonstances le caractère de criminalité ou d'innocence qui doit appartenir aux écrits poursuivis. » (1) Ainsi, il résulte de cette argumentation que c'est transformer les attributions de la Cour de Cassation que de lui permettre d'exercer une critique légale sur les faits constitutifs de délits que la loi pénale n'a pas définis et caractérisés. C'est en faire une troisième juridiction, une Cour d'appel supérieure, révisant les décisions des tribunaux placés au dessous d'elle.

Mais les craintes du Président Barris et du Procureur

(1) Cass. 21 mai 1834 (S. 1834. 1. 396.)

Général Dupin étaient-elles justifiées? Peut-on considérer comme un empiètement sur les pouvoirs des autres tribunaux répressifs le droit pour la Cour de Cassation de faire porter ses investigations sur les infractions, qu'on a négligé de définir? Nous ne croyons pas que ce droit puisse lui être refusé. Lorsque la loi pénale laisse place à l'arbitraire des tribunaux, lorsqu'elle ne dit pas dans quelles circonstances précises et déterminées il y aura un fait punissable, lorsqu'en un mot elle crée les délits aujourd'hui abrogés d'excitation à la haine et au mépris du gouvernement, d'excitation des citoyens à la haine les uns des autres, d'outrage à la morale publique et religieuse, la Cour de Cassation serait impuissante à redresser les qualifications erronées sous prétexte qu'elle est en présence de déclarations de fait! Quand la loi reste dans le vague, soit parce qu'elle ne peut pas, comme pour l'injure et la diffamation, par exemple, renfermer dans une formule unique la multiplicité des espèces et l'infinie variété des faits criminels; soit parce qu'elle ne veut pas préciser pour donner aux Tribunaux une liberté d'appréciation illimitée dans le droit de punir, la Cour de Cassation a justement pour mission d'examiner de très près les faits incriminés et de substituer des définitions nettes aux fantaisies des Tribunaux répressifs; si pourtant il plaisait à un Tribunal correctionnel de dire qu'il y a une injure publique dans telle hypothèse où les caractères de l'injure ne se rencontrent pas, la Cour de Cassation se verrait refuser le droit de reconstituer la vérité légale?

Si les tribunaux ordinaires sont mieux placés que la

Cour de Cassation pour tenir compte dans ces sortes d'infractions des mille circonstances accessoires qui influent sur la criminalité, s'ils voient se dérouler devant eux le défilé vivant des témoignages et des faits délicueux, et peuvent par conséquent mieux apprécier les éléments divers du procès, il n'en est pas moins vrai qu'on ne peut pas pour certains délits séparer le fait du droit. Mais si l'on faisait même cette distinction, il faudrait dire qu'il y a certaines infractions qui tombent sous le contrôle de la Cour de Cassation, et d'autres qui n'y tombent pas. A quels signes les reconnaîtrait-on, et comment pourrait-on ainsi diviser les pouvoirs de la Chambre Criminelle ?

La raison d'être de la Cour de Cassation n'est-elle pas justement de maintenir l'unité de jurisprudence, d'empêcher la formation de jurisprudences particulières et locales variant à l'infini avec l'état d'esprit et le tempérament de chaque ressort ? Et, si ce droit de contrôle se justifie, n'est-ce pas surtout à propos d'infractions que la loi a négligé de définir ?

D'ailleurs la Cour de Cassation n'hésite plus aujourd'hui à exercer son droit de critique sur toutes les infractions. Il ne nous est pas possible d'examiner dans le détail les nombreuses espèces à propos desquelles la question s'est posée ; nous nous bornerons à citer quelques arrêts qui donneront un aperçu des revirements de la jurisprudence sur ce point.

Nous avons dit que la Cour de Cassation se refusait dans sa première jurisprudence à vérifier les qualifica-

tions données à certaines infractions, que la loi n'a pas définies. C'est ainsi qu'elle repoussait un pourvoi du sieur C..., imprimeur à Poitiers, poursuivi pour avoir inséré dans un journal intitulé : « Affiches de Poitiers » dont il était l'éditeur un article nécrologique sur l'ex-conventionnel de Lapparent. Le Tribunal et la Cour avaient vu dans l'éloge du conventionnel le délit d'attaque à la morale publique et d'attaque à l'inviolabilité de la personne du roi ; « Attendu, disait l'arrêt de rejet, que les explications en fait données devant la Cour, et qui tendent à l'interprétation de l'écrit ne pouvaient être présentées utilement par le demandeur que devant les premiers juges et ceux d'appel ; qu'elles sont inconcluantes devant la Cour de Cassation, qui, en matière criminelle ordinaire n'est point appréciatrice des faits, et ne l'est pas davantage du sens et de l'interprétation des écrits dénoncés, lorsqu'il s'agit de délits de presse ; que la Cour de Cassation ne peut rechercher si la loi a été violée dans la qualification des crimes et délits que dans les cas où la loi détermine les éléments constitutifs et nécessaires de ces crimes ou délits ; que dans tous les autres cas la qualification en est abandonnée à la prudence et aux lumières des magistrats composant les Tribunaux qui en connaissent ; que dans l'espèce aucune loi ne définit l'outrage à la morale publique ; que l'article 2 de la loi du 25 mars 1822 (1) ne spécifie pas les caractères de l'attaque et l'inviolabilité de la personne du roi ; que d'ailleurs si dans toute matière de police

(1) La loi sur la presse en vigueur est celle du 29 juillet 1881.

correctionnelle les juges remplissent à la fois les fonctions de juges et de jurés, en matière de délits de presse, ils remplissent plus spécialement les fonctions de jurés, aux quels ils ont été substitués par la loi du 15 mars 1822 (2). »

Sans examiner si la question de culpabilité se pose pour les inculpés de la même façon devant la Cour d'Assises que devant les juges correctionnels, et si ce dédoublement de fonctions est possible devant une juridiction, qui est liée par les textes dans les jugements qu'elle peut rendre, il n'est pas établi que l'appréciation d'un article de journal soit en l'espèce une pure déclaration de fait. Il eut été bien facile à la Cour de Cassation d'examiner si l'éloge d'un conventionnel pouvait être considéré comme une attaque à l'inviolabilité de la personne du roi. Le corps du délit était une publication, un écrit; la Cour de Cassation avait sous la main tous les éléments d'appréciation pour confronter l'article avec la loi, et tirer de ce rapprochement la conséquence légale qu'il comportait.

Mais la Cour de Cassation n'a pas persisté dans cette jurisprudence, et en 1831 elle décidait « que si en matière criminelle les déclarations de fait des Cours et tribunaux appelés à statuer sur la poursuite des délits sont inattaquables, il en est autrement des qualifications qu'ils donnent ou qu'ils refusent de donner aux faits par

(1) Cass. 15 octobre 1825 (Journ. Pal.); 17 août 1821 (Journ. Pal.); 9 juillet 1830 (Journ. Pal.)

eux déclarés ou non méconnus et des conséquences qui peuvent en être tirées ; que l'examen de ces qualifications et de ces conséquences rentre dans les attributions de la Cour de Cassation ; que cette Cour, instituée pour réparer les violations qui peuvent être commises contre la loi a nécessairement caractère, pour juger de la qualification donnée ou refusée mal à propos aux faits résultant de l'instruction ; que le jugement de cette qualification des faits dans leurs rapports avec la loi qui doit leur être appliquée est inséparable de celui de l'application elle-même de la loi. » (1)

Depuis cette époque la Cour de Cassation a usé de son droit de contrôle sur ces sortes d'infractions, chaque fois qu'elle a eu l'occasion de le faire. C'est ainsi qu'elle a vérifié si les éléments du délit de diffamation se dégagent de l'écrit publié ; (2)

Si les conséquences légales d'un cas de force majeure sur lequel les juges du fait font reposer une excuse sont bien déduites ; (3)

Si, en matière de légitime défense les faits relevés par l'arrêt constituent le cas de nécessité actuelle qui la justifie ; (4)

Si en matière d'homicide par imprudence les faits de

(1) Cass. 5 août 1831 (S. 1832. 1. 102)

(2) Cass. 10 novembre 1876 (S. 77. 1. 140) ; 17 mai 1886 (S. 86. 1. 376)

(3) Cass. 29 février 1884 (S. 84. 1. 358)

(4) Cass. 15 septembre 1861 (S. 1865. 1. 152)

maladresse et de négligence ont un caractère pénal bien déterminé; (1)

C'est grâce à ces investigations dans toutes les parties de la loi pénale, que la Cour de Cassation en assure une application équitable et uniforme à tous les justiciables.

(1) Cass. 12 novembre 1875 (S. 1876. 1. 281)

CHAPITRE III

DE LA VIOLATION DES RÈGLES LÉGALES SUR LES EXCEPTIONS ET LES PREUVES.

La prescription, l'amnistie, la nécessité dans certains cas d'une plainte préalable ou d'une autorisation administrative, en un mot toutes les exceptions qui éteignent ou suspendent l'action publique, donnent ouverture à cassation, quand les jugements et arrêts les admettent illégalement, ou qu'ils les écartent, lorsqu'elles sont recevables.

Le Ministère public a le droit en principe de mettre en mouvement l'action publique, que les parties aient ou non porté plainte. Cependant la loi a paralysé dans certains cas son initiative, parce qu'elle estimait que l'intérêt général était alors subordonné à l'intérêt privé, et qu'il valait mieux laisser la victime de l'infraction juge elle-même de l'opportunité de la poursuite.

Tels sont par exemple le délit d'adultère (336 C. P.), l'enlèvement de mineure (375 C. P.), l'injure et la diffamation envers les membres des Chambres ou des corps

constitués (art. 47 de la loi du 29 juillet 1881), les délits de chasse sur les propriétés d'autrui et de pêche dans les eaux des particuliers (loi du 3 mai 1844, art. 25 ; loi du 25 avril 1829 ; art. 67), les délits de contrefaçon (article 46 de la loi du 5 juillet 1844).

Dans tous ces cas une plainte préalable est nécessaire pour donner l'impulsion à l'action publique, et tout jugement ou arrêt rendu au mépris de cette prescription est entaché de nullité.

Il en est de même des questions préjudicielles, nous voulons parler de toutes les exceptions qui suspendent en quelque sorte le cours de l'instance, jusqu'à la vérification d'un fait, dont l'existence est une condition *sine quâ non* de la répression : La validité d'un premier mariage dans une accusation de bigamie, par exemple ; la question de propriété dans une prévention de vol.

Parmi ces exceptions, toutes celles qui tiennent à l'ordre public peuvent être invoquées pour la première fois devant la Cour de Cassation. C'est ainsi qu'un arrêt, qui n'avait pas tenu compte d'une amnistie a été cassé. « La Cour, vu le décret impérial portant amnistie en date du 14 août 1869 ; attendu que l'amnistie s'applique expressément aux condamnations prononcées ou encourues à raison de délits et contraventions en matière de presse ; attendu que le pourvoi formé en la cause par le Procureur général près la Cour de Bourges est dirigé contre un arrêt de ladite Cour statuant sur les poursuites intentées contre M... pour infraction à l'article 6 de la loi du 27 juillet 1819 sur la presse ; que lesdites poursuites sont désormais éteintes par l'effet de l'amnis-

tie, d'où il résulte une fin de non-recevoir d'ordre public qui s'impose, et à laquelle dès lors les parties ne peuvent pas utilement renoncer (1). »

La même règle s'applique à la prescription, au défaut d'autorisation administrative (2).

Quant à l'exception tenant à l'autorité de la chose jugée, la jurisprudence avait d'abord décidé que les parties étaient non recevables à en exciper devant la Cour de Cassation, lorsqu'elles avaient négligé de le faire devant les juges du fond (3), mais elle est revenue depuis à d'autres principes, et ne met plus en doute aujourd'hui le caractère d'ordre public de cette exception. « Attendu, dit un arrêt du 3 mai 1860, que le moyen tiré de la chose jugée étant d'ordre public en matière criminelle, il peut être opposé en tout état de cause, et même suppléé d'office ; que d'ailleurs le moyen a été présenté postérieurement il est vrai à la déclaration affirmative du jury sur les questions qui lui étaient soumises, qu'ainsi la Cour d'assises a été utilement saisie de la demande de P... et, qu'elle était compétente pour statuer sur l'exception proposée ; qu'il suit de là qu'en refusant de faire droit aux conclusions du demandeur, l'arrêt attaqué a commis un excès de pouvoir, et formellement violé les articles 360, C. Inst. crim. 1350, 1351 C. civ. (4). »

(1) Cass. 12 mai 1870 (S. 1870. 1. 324).

(2) Maintenant abrogée par le décret du 19 septembre 1870.

(3) Cass. 12 avril 1817 (Jour. Pal.).

(4) Cass, 3 mai 1860 (S. 1861. 1. 923) ; 14 mai 1880 (S. 80. 1. 482).

La violation des règles relatives à la preuve des infractions donne aussi ouverture à cassation, soit que les juges aient méconnu l'autorité d'une preuve légale, soit qu'ils en aient admis une qui est interdite ou qu'ils en aient dénaturé les caractères.

C'est ainsi qu'il y aurait lieu de casser un jugement qui admettrait la preuve contraire pour détruire des faits constatés dans un procès-verbal faisant foi jusqu'à inscription de faux.

De même il ne serait pas permis de méconnaître la foi due à un procès-verbal, si la preuve contraire des faits qu'il relate n'était pas établie : « attendu, dit à ce propos un arrêt, que les tribunaux de simple police ne peuvent statuer sur la prévention dont ils sont saisis que d'après les procès-verbaux qui sont produits devant eux, ou les preuves contraires par lesquelles les inculpés les auraient débattues ; d'où il suit que la connaissance personnelle que le juge pourrait avoir de ces faits ne saurait remplacer une preuve légale, et détruire la foi due au procès-verbal produit devant lui, etc. (1) ».

Quand des délits se produisent à l'occasion de certains contrats de droit civil comme le dépôt et le mandat, il est de jurisprudence que la preuve de ces contrats doit se faire devant les tribunaux répressifs suivant les modes de preuve usités en droit-civil.

C'est ainsi qu'il y aurait violation de la loi si on admettait la preuve testimoniale pour démontrer l'exis-

(1) Cass. 9 août 1838 (S. 1838. 1. 330).

tence d'un abus de confiance qui aurait porté sur une somme supérieure à cent cinquante francs (1341 C. C.)

« Attendu, dit la Cour de Cassation, que pour juger si le dépôt dénié avait été fait, tout comme pour juger s'il y avait commencement de preuve par écrit, et si la preuve testimoniale en était admissible, la juridiction correctionnellé était assujétie comme l'eût été la juridiction civile aux règles fixées dans les articles 1341, 1347 C. C. ; que si les délits sont susceptibles de toute espèce de preuve, il n'en est pas ainsi des actes civils autorisés par la loi; que dans l'espèce il ne pouvait y avoir de délit que dans la violation du dépôt, mais que le dépôt en lui-même eût été un acte licite, autorisé et réglé par les lois civiles; qu'il n'eût donc pu être prouvé que d'après les règles communes à tous les contrats. » (1)

La même solution a été donnée par la jurisprudence pour la preuve du délit, connu sous le nom d'abus de blanc-seing (art. 407 C. P.) Elle a été combattue par quelques auteurs, qui admettent pour cette infraction les modes de preuve de droit commun usités en matière pénale.

Le blanc-seing, disent-ils, n'a par lui-même aucune valeur; il est impossible de dire qu'il excède ou n'excède pas cent cinquante francs; or subordonner la preuve du délit à ce fait que l'obligation est inférieure ou supérieure à cent cinquante francs, c'est permettre à l'auteur

(1) Cass 2 décembre 1813 (Bull. crim. n° 255); 8 mai 1885 (Bull. crim. n° 424), 12 août 1887 (Bull. crim. n° 136) 8 septembre 1887 (Bull. crim. n° 331); 31 mai 1888 (Bull. crim. n° 135)

du délit d'échapper d'autant plus facilement à la répression qu'il s'agit d'une somme plus forte. On considère dans ce système que la remise du blanc-seing est un fait matériel, qui précède le délit, et en est indépendant. Ces raisons sont très fortes, et nous inclinons à penser que la jurisprudence eut peut-être été mieux inspirée en se laissant pas guider sur ce point par les règles d'interprétation de la législation civile. (1)

(1) Cass. 7 février 1853 (52. 2.621); Lyon 10 août 1881 (S. 82. 2.125.)

CHAPITRE IV

DE LA CONTRARIÉTÉ DE JUGEMENTS.

On a fait de la contrariété de jugements une ouverture à Cassation, parce qu'il n'est pas possible d'admettre la coexistence de deux décisions, qui tranchent chacune à leur façon le même litige. Quand ce fait se produit, il y a une véritable violation du principe de l'autorité de chose jugée.

Cette cause d'annulation est prévue par l'article 504 du Code de Procédure civile, qui s'applique par identité de motifs au droit pénal. « La contrariété de jugements, en dernier ressort dit cet article, entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens, en différents tribunaux donne ouverture à cassation ; et l'instance est formée et jugée conformément aux lois, qui sont particulières à la Cour de Cassation. »

Citons encore l'article 360 du Code d'Instruction criminelle qui se rattache à notre théorie, et aux termes duquel :

« Toute personne acquittée légalement ne pourra être reprise, ni accusée du même fait. »

Ainsi lorsque deux jugements contraires ont été rendus en matière pénale sur la même cause, sur le même objet, entre les mêmes personnes, il y a ouverture à cassation. (1351, C. C.)

Mais à la différence de ce qui se passe en matière civile où la voie de la requête civile est ouverte lorsque les deux jugements contradictoires émanent du même tribunal (art. 480 § 6 C. proc. civ.), la contrariété de jugement donne toujours lieu à cassation en matière pénale, que les jugements soient rendus par le même tribunal ou par des tribunaux répressifs différents.

La contrariété de jugements ne saurait exister qu'entre deux jugements distincts, et non entre deux dispositions du même jugement; qu'entre deux jugements émanant de l'autorité judiciaire.

Aussi il n'y aurait pas contrariété de jugements entre une décision de l'autorité judiciaire, et une autre de l'autorité administrative.

Chacune des deux autorités a des attributions particulières et indépendantes, et les décisions que rend l'une ne sont pas inconciliables avec celles de l'autre. (1)

De même il n'y aurait pas contrariété entre deux jugements dont l'un rendu au civil entre le fermier d'un bac et un particulier, maintiendrait ce dernier dans la possession du bac; et l'autre, rendu sur la poursuite du ministère public condamnerait ce même particulier à l'amende pour avoir usé du droit au bac au préjudice du fermier. Il y a en effet ici deux questions distinctes

(1) Cass. 15 juillet 1819 (Journ. Pal. t. XV. p. 402.)

l'une civile, relative à une action possessoire ; l'autre, pénale, relative à une contravention à des règlements administratifs, qui peuvent toutes deux se concilier, et ne violent en aucune façon le principe de la chose jugée. (1)

Mais il y aurait contrariété de jugements si un même individu était deux fois condamné pour la même infraction, ou si le fait matériel déjà incriminé était à nouveau réprimé sous une qualification légale nouvelle. (360 C. I. C.)

Il y a une controverse très vive sur le point de savoir, si après, un acquittement en Cour d'Assises, et une condamnation rendue par un autre tribunal répressif sur le même fait autrement qualifié, les deux décisions ne sont pas inconciliables.

D'après une jurisprudence constante l'acquittement purge l'accusation, mais laisse entrer le fait entier lui même. L'autorité de chose jugée n'existerait qu'à l'encontre de la qualification de crime donnée au fait, et non à raison du fait tel qu'il s'est passé.

Deux arguments sont présentés à l'appui de ce système : On ne demande pas aux jurés, dit la Cour de Cassation, si tel fait est constant. Mais si l'accusé est coupable d'avoir commis tel crime, et, le Président des Assises ne soumet pas à ces derniers toutes les incriminations dont le fait est susceptible. Si donc aucune question subsidiaire n'a été posée, l'acquittement efface

(1) Cass. 24 février 1837 (S. 1837. 1. 203.)

bien la qualification de crime, mais n'atteint pas le fait tel qu'il s'est produit. (1)

Cette distinction est subtile, mais il faut convenir qu'en l'état de la législation elle peut se justifier, sauf l'inconvénient qui résulte pour les inculpés d'une double poursuite à raison du même fait diversement qualifié.

Ajoutons que le plus souvent la contrariété de jugements en matière pénale donnera lieu à une demande en révision devant la Cour de Cassation aux termes de l'article 443 § 2, C. I. C. au cas où par exemple deux individus auraient été condamnés pour la même infraction, et que ces deux condamnations seraient inconciliables. (2)

(1) Cass. 10 janvier 1876 (S. 1877. 1. 41)

Voir La proposition de la loi de M. Parent ayant pour objet de modifier l'article 360 du Code d'Instruction criminelle (Journal officiel du 17 février 1879).

(2) Cass. 10 mai 1850 (S. 1850. 1. 403.)

CHAPITRE V

DU DÉFAUT DE MOTIFS DANS LES JUGEMENTS ET ARRÊTS

L'article 7 de la loi du 20 avril 1810 fait du défaut de motifs une ouverture à Cassation. Forcer le juge à expliquer la décision qu'il prend à l'encontre d'un inculpé, à énoncer les raisons juridiques sur lesquelles il s'appuie, en un mot à ne pas se contenter d'affirmations, telle est la nécessité impérieuse qui justifie cette cause d'annulation.

L'article 163 du Code d'Instruction criminelle, qui traite du défaut de motifs n'est applicable qu'aux matières de simple police, mais la Jurisprudence de la Cour de Cassation l'a fort justement étendu à toutes les décisions des juridictions répressives. (1)

Doivent donc être motivés les arrêts incidents rendus par les Cours d'Assises sur un point contradictoirement débattu entre la défense et le ministère public, par

(1) Cass. 8 avril 1826 (Journ. Pal.)

exemple ; (1) le jugement rendu sur une demande de mise en liberté provisoire formée par le prévenu. (2)

Serait par conséquent entaché de nullité un arrêt de Cour d'Assises qui se refuserait sans explication à poser une question subsidiaire au Jury sur les conclusions de l'accusé. (3)

Il en serait de même pour l'arrêt d'une Chambre des mises en accusation qui, sans statuer sur les conclusions prises devant cette Chambre par le ministère public, et tendant à donner aux faits une qualification nouvelle maintiendrait purement et simplement l'ordonnance de la Chambre du Conseil. (4)

Si la loi n'a pas indiqué sous quelle forme les tribunaux devaient motiver leurs décisions, elle n'a pourtant pas laissé à l'arbitraire et à la discrétion des Juges, la façon dont ils justifient la peine qu'ils viennent de prononcer : Ce qu'elle veut, c'est que des faits incriminés soient minutieusement constatés, et que cette constatation faite, le juge en tire la conséquence légale par un raisonnement. Ce qu'elle a sévèrement banni, ce sont les formules générales et les affirmations.

« Attendu, dit un arrêt, que les tribunaux ne satis-

(1) Cass. 12 janvier 1875 (D. 1875. 1. 496.)

(2) Cass. 13 mai 1852 (D. 1852. 5. 37.)

(3) Cass. 25 février 1869 (D. 1869. 1. 436.)

(4) Cass. 18 avril 1850 (D. 50. 5. 319) ;

La loi du 17 juillet 1856 a transporté au juge d'instruction les attributions de la Chambre du Conseil.

font pas à l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, qu'autant qu'ils s'expliquent sur la vérité des faits, et sur leur qualification légale : que cette obligation leur est plus particulièrement imposée lorsqu'ils statuent comme juges d'appel, et croient devoir confirmer une décision des premiers juges, explicitement motivée sur l'un et l'autre point ;

Attendu que dans l'espèce, le Tribunal de police ayant déclaré constants les faits imputés par les demandeurs à L... et D..., avait écarté des excuses opposées par ces prévenus, et avait reconnu aux faits le caractère de la contravention d'injure, prévue par l'article 475 § 11 du Code pénal ;

Que sur l'appel, le Tribunal correctionnel a, par le jugement attaqué, renvoyé les prévenus des poursuites ; mais qu'au lieu d'expliquer par quels motifs de fait ou de droit, cette infirmation était justifiée, il s'est borné à déclarer que les faits tels qu'ils résultaient de l'instruction et des débats ne constituent pas la contravention imputée aux prévenus, en quoi il y a violation formelle de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, etc. » (1).

Il y aurait également nullité pour défaut de motifs, si l'arrêt qui prononce une condamnation pour vagabondage omettait de s'expliquer sur les circonstances de défaut de domicile, de moyens d'existence, et d'exercice d'un métier ou profession (2) ;

(1) Cass. 26 août 1846 (Bull. crim., N° 225).

(2) Cass. 5 août 1886 (Gaz. du Pal., 1886. 2. 518).

Si un arrêt de Cour d'Assises, qui, sur la déclaration négative du jury acquitte l'accusé, le condamnait à des dommages-intérêts sans préciser les faits qui caractérisent la faute distincte du crime définitivement écarté par le jury (1);

Si un Tribunal correctionnel relaxait un individu prévenu de blessures par imprudence (art. 320 C. P.) en se contentant d'affirmer « que l'imprudence n'est pas établie à sa charge (2) ou bien s'il était dit simplement que « le délit n'est pas suffisamment établi (3). »

Ces déclarations peuvent s'appliquer aussi bien au fait qu'au droit et sont par leur laconisme sujettes à cassation.

L'obligation pour les Tribunaux de motiver les jugements et arrêts s'étend à tous les chefs de prévention, et de conclusions prises par les parties et le Ministère public. C'est ce qui résulte de la combinaison de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 avec le paragraphe 2 de l'article 408 du Code d'instruction criminelle.

Mais le Tribunal n'est tenu de motiver sa décision que pour les chefs de conclusions expressément formulés et dont l'existence est établie.

C'est ainsi que le prévenu, qui ne justifie pas avoir élevé une fin de non-recevoir contre un appel à minima du Ministère public, ne peut se faire un moyen de cassa-

(1) Cass. 18 juin 1885 (Gaz. du Pal. 1885. 2. 160).

(2) Cass. 20 juillet 1882 (Gaz. du Pal. 1882. 2. 233).

(3) Cass. 2 février 1871 (D. 1871. 2. 71)

tion pour défaut de motifs sur la recevabilité de cet appel, si l'arrêt ne porte pas mention de conclusions prises sur la recevabilité de cet appel (Cass. 11 mai 1883. D. 1883. I. 327).

La règle qui veut que les jugements soient motivés comporte cependant quelques exceptions. Les jugements de pure instruction n'ont pas besoin de l'être, parce qu'ils prescrivent des mesures préliminaires qui ne préjugent pas la décision définitive et ne font aucun grief aux parties; de même, si des demandes incidentes se produisent au cours des débats, il n'est pas nécessaire de motiver le jugement incident, si le Tribunal joint l'incident au fond, et statue sur l'ensemble par un seul et même jugement (1).

La Cour de Cassation a souvent refusé d'annuler des arrêts, dont le dispositif pouvait se justifier malgré des motifs erronés ou insuffisamment explicites, par d'autres motifs qu'elle se réserve le droit d'y suppléer (2).

Elle a même considéré comme suffisants des motifs implicites. « Attendu, dit un arrêt, qu'il n'y a pas défaut de motifs, quand ceux sur lesquels s'est appuyé le juge pour rejeter l'une ou plusieurs des exceptions, qui lui ont été soumises, excluent virtuellement l'admission des autres (3) » .

(1) Cass. 26 avril 1856 (S. 1856. 1. 833).

(2) Cass. 15 juin 1855 (S. 1855. 1. 764); 8 juin 1872 (S. 1872. 1. 256).

(3) Cass. 27 juillet 1836 (S. 1837. 1. 245; — 30 novembre 1861 (Bull. crim. N° 256).

Il y aurait peut-être un danger à aller trop loin dans cette voie, car chaque exception soulevée devant le juge peut avoir sa raison d'être en elle-même et son rejet a besoin d'être motivé.

TROISIÈME PARTIE

Violation des formes

CHAPITRE PREMIER

DE LA VIOLATION DES FORMES DE PROCÉDURE PROPREMENT DITES.

Après avoir parlé des nullités de fond, qui s'appliquent soit à la juridiction d'où émane le jugement, soit aux décisions judiciaires elles-mêmes, il nous reste maintenant à examiner quelles nullités peuvent résulter de la violation ou de l'omission des formes de la procédure.

En matière pénale les formes judiciaires ont une importance de premier ordre, car la vie, l'honneur, la

liberté des inculpés sont en jeu dans les procès criminels ; de là la préoccupation bien naturelle chez le législateur de garantir d'une manière efficace les droits de la défense, de supprimer l'arbitraire par une stricte observation des règles de forme, et de donner en même temps une autorité très forte à la chose jugée.

Mais ce désir si légitime de protéger les droits de la défense se heurtait à un écueil : N'était-il pas dangereux de multiplier outre mesure les formalités de procédure, et d'entraver ainsi la marche de la justice répressive ? Il importe en effet que des procédures ne soient pas incessamment annulées pour des vices de forme et que de nouveaux débats ne soient pas constamment rouverts sur le même procès. La justice criminelle vit de célérité ; il est nécessaire que la répression d'une infraction ne se fasse pas trop longtemps attendre, car les preuves dépérissent, les souvenirs des témoins s'effacent et le châtement lui-même n'a pas le même effet énergique, lorsqu'il n'est plus contemporain du délit.

La violation d'une forme légale doit donc trouver sa sanction dans la loi : Cette sanction, c'est la nullité de la formalité violée ou omise, c'est la réouverture d'un débat incomplet ou mutilé, c'est en un mot une sorte *d'integrum restitutio* de l'instance pénale défigurée. Mais à propos de quelles formes y a-t-il lieu de prononcer la nullité ? Sont-elles toutes protégées d'une façon aussi énergique ? On sent qu'une distinction s'impose. Il existe en effet des formes de procédure dont l'omission ou la violation ne portent aucun préjudice à l'inculpé, n'empirent pas sa situation légale, et laissent au

débat toute sa sincérité, toute sa loyauté : Ce sont les formes secondaires, que l'on peut impunément transgresser. Il en est d'autres au contraire, dont la violation est une véritable atteinte aux droits de la défense, et qui doivent entraîner la nullité de procédure.

Nous allons voir si le Code d'Instruction criminelle a su concilier ces deux tendances de toute procédure pénale ; la célérité de la répression et la protection des droits de la défense.

Les nullités de forme sont mentionnées pour la première fois dans le décret des 16-29 septembre 1791 (titre VIII, art. 24), qui prononce l'annulation des jugements « à raison de violation ou omission de formes essentielles dans l'instruction du procès ».

Ce décret a été complété par l'instruction législative du 29 septembre 1791, où il est dit que : « Les demandes en cassation ne pourront être formées que pour cause de nullités prononcées par la loi, soit dans l'instruction, soit dans le jugement. »

Enfin l'article 456 du Code du 3 brumaire, an IV disposait : « que le tribunal de Cassation ne peut annuler les jugements des tribunaux criminels que dans les cas suivants... 2^o lorsque les formes ou procédures prescrites par la loi sous peine de nullité ont été violées ou omises ».

Le projet du Code d'Instruction criminelle s'exprimait ainsi : « Les arrêts et jugements rendus en matière criminelle, correctionnelle et de police, l'instruction et les poursuites qui les auront précédés ne pourront être

annulés que dans les cas suivants : 1° Lorsque les juges auront commis un excès de pouvoir ; 2° lorsqu'ils auront omis ou violé dans l'instruction, les poursuites, l'arrêt ou le jugement, quelques-unes des formes que le présent Code prescrit sous peine de nullité ».

La discussion du projet commença, et Cambacérès fit remarquer qu'une distinction entre l'inculpé acquitté et le condamné s'imposait. S'il est logique d'ouvrir au condamné toutes les voies de recours possibles pour faire redresser les vices de procédure qui ont pu entacher l'instance pénale, la nécessité de recommencer un procès, de rouvrir un débat pour une formalité omise ou violée se fait-elle sentir d'une manière aussi impérieuse au cas d'acquiescement ? C'est ce que Cambacérès ne pouvait admettre (1).

Il fut un instant question de dresser un tableau des nullités, où serait mentionnées les formes de procédure dont la violation ou l'omission entraînerait l'annulation de la procédure, et celles que l'on pourrait impunément enfreindre, sans que l'instance en fut viciée.

Le vœu fut exprimé au Conseil d'Etat par Treilhard (2) et Regnaud de Saint-Jean d'Angely. On demanda la communication de ce tableau, mais Berlier répondit, qu'il avait été dressé par Faure, et que sa communication ne saurait avoir aucune influence sur l'article en discussion, vu qu'il n'est pas possible en cas

(1) Locré, t. 27, p. 21.

(2) Locré, t. 27, p. 26.

de condamnation de refuser au condamné ni à la partie publique le recours motivé sur l'infraction de dispositions prescrites sous peine de nullité, quels qu'en soient le nombre et le caractère particulier (1).

Cette discussion aboutit à l'élaboration du texte définitif ainsi conçu : « Lorsque l'accusé aura subi une condamnation, et, que soit dans l'arrêt de la Cour d'Appel, qui aura ordonné son renvoi devant une Cour d'Assises, soit dans l'instruction et la procédure qui auront été faites devant cette dernière Cour, soit dans l'arrêt même de condamnation, il y aura ou violation ou omission de quelques-unes des formalités que le présent Code prescrit sous peine de nullité, cette omission ou violation donnera lieu sur la poursuite de la partie condamnée ou du Ministère Public à l'annulation de l'arrêt de condamnation et de ce qui l'a précédé à partir du plus ancien acte nul (art. 408, C. I. C.). »

Cholet explique ainsi le sens du nouvel article. Il a voulu faire un départ entre les formes de procédure essentielles, à la violation desquelles le législateur a attaché une sanction énergique, et celles que l'on peut impunément méconnaître et transgresser : « Les lois que vous avez sanctionnées, disait Cholet au Corps Législatif, ne rangent pas dans la même classe les infractions qui peuvent être commises; les unes sont principales et considérées comme étant de nature à influencer sur l'instruction et le jugement; les autres sont recom-

(1) Locré, t. 27, p. 47.

mandées comme généralement utiles, mais leur oubli ne peut avoir des conséquences aussi graves que les premières. L'inobservation des formalités les moins importantes est punie par des amendes contre les officiers ministériels, et par des injonctions aux juges, qui auraient commis ou laissé commettre des infractions.

Ainsi sont écartées les causes trop fréquentes de nullités, prononcées pour l'omission de détails peu essentiels. Le Code évite le double inconvénient justement reproché aux lois anciennes d'obliger souvent sur de légers motifs à recommencer des procédures dispendieuses, et à laisser évanouir par le dépérissement des preuves la conviction des coupables. Quant aux omissions des formalités principales, elles entraînent la nullité de la procédure et celle des jugements. L'article 408 de la loi qui vous est présentée détermine avec précision ces causes de nullité. Elles sont à peu près les mêmes que celles désignées par la loi de Brumaire (1). »

Les dispositions de l'article 408 ont été étendues par l'article 413 aux matières de police et correctionnelle.

La théorie qui semble se dégager de l'article 408 se ramène donc à une distinction entre les formalités principales et les formalités secondaires. Les unes, donnant lieu au cas de violation à la sanction de la nullité sur la demande du condamné ou du Ministère Public ; les autres, moins bien protégées, n'attirant aux juges et aux

(1) Dalloz, *Répertoire de Législation*, v^o Cour de Cassation, p. 39, n^o 1.

officiers ministériels qui les violent ou les négligent que des injonctions ou des amendes. Ce n'est que lorsqu'elles tendent à assurer un droit ou une faculté à l'accusé, et qu'il a été omis de statuer à ce sujet que l'article 408 § 2 autorise l'annulation de la procédure.

Les formalités prescrites à peine de nullité ne sont pas très nombreuses. Nous pouvons les énumérer :

Le juge d'instruction ou les membres de la Chambre des mises en accusation ne peuvent ni présider les Assises, ni assister le Président (Art. 257 Cod. Inst. Crim.).

Le Procureur Général ou son substitut ne peut poursuivre devant la Cour aucune personne sans respecter les formes prescrites au chapitre I, titre II, livre II du Code d'Instruction Criminelle (Art. 271).

Le Président des Assises devra désigner un défenseur à l'accusé après l'avoir interrogé, s'il n'en a pas déjà fait choix (art. 294).

Chaque juré doit prêter serment d'après la formule lue par le Président (art. 312).

Chaque témoin doit prêter serment (art. 317).

Quand l'accusé, les témoins ou l'un d'eux ne parlent pas la même langue, le Président doit nommer d'office un interprète, qui ne peut pas être pris parmi les témoins, les juges, les jurés et doit prêter serment (art. 332).

Si l'accusé ou un témoin est sourd et muet les mêmes dispositions sont applicables ;

Quand l'accusé aura proposé comme excuse un fait admis comme tel par la loi, le Président devra poser ainsi la question : Tel fait est-il constant ? (art. 339)

Si l'accusé a moins de seize ans, le président posera cette question : l'accusé a-t-il agi avec discernement ? (art. 340)

Le président, après avoir posé les questions au jury, doit l'avertir que l'admission des circonstances atténuantes fait l'objet d'une déclaration spéciale (art. 341);

Le jury doit constater dans sa déclaration que la décision a été prise à la majorité, sans que le nombre des voix puisse être indiqué (art. 347);

Le procès-verbal des débats et de l'arrêt doit être dressé par le greffier (art. 372);

Nul ne peut remplir des fonctions de juré, s'il n'a trente ans accomplis, et s'il ne jouit des droits politiques et civils (art. 381);

Les fonctions de juré sont incompatibles avec celles de ministre, de préfet, de sous-préfet, de juge, de procureur général, de procureur de la République (art. 383);

Nul ne peut-être juré dans la même affaire où il aura été officier de police judiciaire, témoin, interprète, expert en partie (art. 392);

Si une affaire est renvoyée à la session suivante, il sera fait une autre liste, de nouvelles récusations, et un nouveau tableau de douze jurés (art. 406).

Ces dispositions exceptées, les autres formalités seraient laissées à la conscience des magistrats comme par exemple :

L'avertissement donné par le juge à l'accusé, qu'il a cinq jours pour former son pourvoi contre l'arrêt de renvoi s'il s'y croit fondé (art. 296.);

Le droit pour l'accusé de prendre copie des procès-verbaux ou des déclarations des témoins (art. 305);

L'exhortation adressée au condamné par le président, et l'avertissement qu'il lui donne pour l'instruire sur les délais de son droit de recours (art. 371);

Ou bien, elles ne donneraient lieu en cas de violation qu'à une amende contre le greffier, comme par exemple :

L'obligation pour le greffier d'insérer dans l'arrêt le texte de loi appliqué sous peine de cent francs d'amende (art. 369);

L'obligation pour les juges et le greffier de signer la minute de l'arrêt, sous peine d'une prise à partie et de cent francs d'amende (art. 370);

L'obligation de dresser procès-verbal de l'audience sous peine de cent francs d'amende (art. 372);

Ou bien il resterait encore aux parties la faculté d'en demander l'accomplissement, et la sanction de la nullité ne serait attachée à leur inobservation que si les juges avaient refusé ou omis de statuer sur leurs réclamations ;

Si l'on s'en tient aux paroles prononcées par Cholet au corps législatif, il semblerait qu'en dehors des formalités auxquelles la loi attache la sanction de la nullité ; les autres, même les plus essentielles, celles qui touchent le plus étroitement aux droits de la défense pourraient être impunément violées ; est-ce là la pensée, le véritable sens de la loi ?

On l'a soutenu en tirant un argument du paragraphe 2 de l'article 408 C. I. C. Si l'article 408 § 2, a-t-on dit, accorde aux parties la faculté d'obtenir du tribunal une

décision motivée tendant à autoriser l'exercice d'un droit, c'est qu'il leur refuse implicitement le droit d'invoquer directement les nullités de procédure, autres que celles à la violation desquelles la loi attache une sanction.

Ce système n'est pas satisfaisant. Il faudrait que les inculpés fussent constamment en éveil, qu'au cours de la procédure et des débats ils déposassent à chaque instant des conclusions pour demander acte de la violation d'une formalité, qu'ils considèrent à tort ou à raison comme indispensable à la liberté de la défense. Les parties deviendraient ainsi les juges de la limite de leurs droits et de leur propre sécurité.

Et puis ce n'est pas résoudre la question : car, à supposer que les parties eussent provoqué une décision motivée d'un tribunal sur la violation d'une forme de procédure, on serait toujours forcé de rechercher s'il s'agit d'une forme substantielle.

Il faudrait alors considérer comme négligeables, parce que la loi pénale a omis de les sanctionner, les articles 393 et suivants du Code d'Instruction criminelle sur le mode de formation du jury et les droits des parties relativement aux récusations à exercer (art. 394)

Peut-on soutenir que ces deux formalités ne sont pas aussi importantes, que par exemple, l'obligation de dresser procès-verbal des débats et de l'arrêt (art. 372) et l'incompatibilité des fonctions de juré avec les fonctions administratives (art. 383), formalités qui sont frappées de nullité par la loi en cas de violation ?

N'en est-il pas de même de l'article 242 qui prescrit

de signifier à l'accusé l'arrêt de renvoi et l'acte d'accusation, et de lui en laisser copie ;

De l'article 293 qui impose au président de la Cour d'Assises l'obligation d'interroger l'accusé vingt-quatre heures après la remise des pièces au greffe et son arrivée à la maison de justice ;

De l'article 319 qui règle le mode d'interrogation des témoins ;

De l'article 327, qui autorise le Président à faire sortir l'accusé, mais l'oblige à l'instruire de tout ce qui se sera fait en son absence ;

De l'article 335, qui exige que l'accusé et son conseil aient toujours la parole les derniers ;

De l'article 363, qui permet à l'accusé après la déclaration du jury de présenter des observations sur l'application de la peine et les réparations civiles ;

Des articles 252 et 253 qui règlent la formation des Cours d'Assises ;

Des articles 342 et suivants, qui organisent la délibération du Jury ?

Quoi, parce que le Code d'Instruction criminelle a négligé d'attacher la sanction de la nullité à ces formalités, elles s'imposeraient moins que les autres au respect des tribunaux ? On voit combien cette interprétation littérale et formaliste est peu en harmonie avec les vrais principes de la législation criminelle.

On a essayé d'interpréter l'article 408 d'une autre façon (1). Seraient nulles en cas de violation toutes les

(1) Bourguignon, *Manuel du jury*, 1827, p. 341.

formalités que la loi prescrit en les faisant accompagner des termes « ne pourront ». Cette formule se rencontre par exemple dans le texte de l'article 246 inst. crim. où il est dit que l'accusé en faveur duquel un arrêt de non-lieu serait rendu ne pourrait être traduit à nouveau devant la Cour d'Assises, à moins qu'il ne survienne de nouvelles charges. La même rédaction se retrouve dans les articles 261, 315, 322, 350, etc. du Code d'instruction criminelle.

Cette interprétation n'est pas plus satisfaisante que la première : Faire dépendre de l'emploi d'un terme la validité ou la nullité d'une forme de procédure est un système qui peut se comprendre dans une législation primitive et formaliste, mais qui n'a pas de raison d'être dans un droit qui comme le notre repose sur le respect des règles de fond.

La Jurisprudence a suivi d'autres principes : La loi du 4 germinal, an II, décide qu'en matière civile toute violation ou omission des formes prescrites par la loi peut donner lieu à cassation. Quand même elle ne prononcerait pas expressément la nullité. L'article 1030 du Code de Procédure civile reproduit le même principe.

La Cour de Cassation a considéré que la loi du 4 germinal, an II et l'article 1030 du Code de Procédure civile pouvaient très-bien s'adapter à la procédure pénale, et, s'inspirant de la distinction qui était faite dans ces textes, elle a décidé que les formes de procédure pouvaient être divisées en deux classes : Les unes, qui touchent aux règles constitutives de la juridiction, à la marche de l'instruction, au droit d'accusation et de défense, qu'elle

nomme substantielles, et à la violation ou à l'omission desquelles elle attache la sanction de la nullité; les autres, nécessaires sans doute, mais non absolument indispensables et dont la méconnaissance n'est frappée d'aucune déchéance.

Cette division des formes de la procédure pénale est très juridique, elle repose sur une idée juste et tient la balance entre cette double nécessité de la justice criminelle : La célérité de la répression et la liberté de la défense.

Mais si la distinction faite par la Cour de Cassation tenait un compte exact de tous les intérêts qui s'agitent dans un procès criminel, la même difficulté que les auteurs du Code d'instruction criminelle avaient rencontrée pour établir une démarcation entre les formes de procédure essentielles et les formes accessoires se présentait à nouveau pour elle. Quel était le critérium applicable pour distinguer une forme substantielle d'une forme secondaire ?

La Cour de Cassation, après avoir puisé les principes de la théorie dans les articles 296, 297 et 322 du Code d'instruction criminelle qui contiennent virtuellement des causes de nullités, mais ne prévoient aucune sanction pour ces nullités a eu souvent l'occasion de faire cette démarcation entre les formes substantielles et les formes secondaires. On peut dire qu'elle ne s'est pas souvent trompée, et qu'elle a toujours été guidée par la préoccupation d'assurer toute garantie aux droits de la défense, peut être a-t-elle quelquefois rangé parmi les formes substantielles une forme qui méritait plutôt d'être

rangée parmi les formes secondaires, et *vice versa*, mais cet écueil était inévitable dans l'examen des multiples espèces qui ont été soumises à son contrôle.

L'article 355 du Code d'Instruction criminelle décide que l'accusé et son Conseil auront la parole les derniers. La Cour de Cassation a considéré que la nécessité de cette disposition se justifiait à toutes les phases du débat, et elle l'a fort justement étendue à tous les incidents qui peuvent naître au cours de la discussion : « Attendu, dit la Cour, qu'aux termes de l'article 335 du Code d'instruction criminelle l'accusé ou son Conseil doivent toujours avoir la parole les derniers ; que cette règle fondamentale domine tous les débats, et ne s'applique point exclusivement à cette dernière période de l'audience pendant laquelle la partie civile ou son Conseil et le ministère public sont entendus et développent les moyens de l'accusation ; qu'elle s'applique à tous les incidents qui peuvent s'élever dans le cours des débats, et, qui peuvent intéresser la défense ou la justification de l'accusé soit que ces incidents doivent être terminés par une ordonnance. » (1)

La Jurisprudence a vu aussi une formalité substantielle dans les dispositions de l'article 327 C. inst. crim. Cet article autorise le Président de la Cour d'Assises à interroger isolément chacun des accusés, mais prescrit d'instruire ceux qui ont été écartés pour un instant du débat de tout ce qui aura pu se produire pendant leur

(1) Cass. 5 mai 1836 (Journ. Pal. t. XX, p. 452.)

absence; il ne sanctionne cette prescription d'aucune nullité. Est-ce à dire qu'on puisse impunément la violer? La Cour de Cassation ne l'a pas cru : « La Cour, vu l'article 327 C. I. crim., attendu qu'il est constaté par le procès-verbal des débats qu'immédiatement après la lecture de l'acte d'accusation et l'appel des témoins, le Président de la Cour d'Assises, ayant fait retirer les témoins dans leur chambre a ordonné qu'avant leur audition, il serait procédé à l'interrogatoire de chacun des accusés, et hors la présence de ceux qu'il désignerait; qu'en conséquence, après avoir fait retirer de l'auditoire quatre des accusés, le Président a interrogé d'abord C... B., qu'il l'a fait rester dans l'auditoire après son interrogatoire, et qu'il a procédé successivement et de la même manière aux interrogatoires des quatre autres accusés, de sorte que celui qui a été interrogé le second n'a pas pu entendre les déclarations à charge ou à décharge que le premier interrogatoire pouvait avoir faites, qu'il en a été ainsi des troisième, quatrième et cinquième accusés, relativement à ceux qui les avaient précédés, de sorte que la fille B..., qui a été interrogée la première est la seule qui ait pu connaître toutes les déclarations faites par ses co-accusés; qu'il n'est prouvé par aucune pièce du procès qu'après les interrogatoires, le Président ait instruit chacun des accusés de ce qui avait été fait en son absence ou de ce qui était résulté contre lui ou en sa faveur des réponses de ses co-accusés; que la disposition 2^e du dit article 327 a donc été violée; que le demandeur qui a été interrogé le quatrième n'a pas été mis à même de con-

naître ce qui pouvait avoir été déclaré par ses co-accusés devant les jurés, et de détruire ainsi les impressions qui pouvaient en résulter dans leur esprit ; que si la nullité n'a pas été attachée à l'inobservation cette disposition 2^e de l'article 327, elle n'en doit pas moins être prononcée ; que son exécution est en effet nécessaire à la défense de l'accusé ; que toutes les formalités qui font partie substantielle du droit de défense sont de rigueur, et que leur omission forme de plein droit et par elle-même une nullité radicale ; d'après ces motifs, casse et annule. »

La jurisprudence a estimé de même que le délai de cinq jours prescrit par les articles 296, 301, 302, C. Inst. crim. qui est accordé à l'accusé pour préparer sa défense à partir de son interrogatoire, était aussi une forme substantielle, et poursuivant l'application de cette théorie à mesure que de nouvelles espèces lui étaient soumises, elle en a fait l'application aux articles 349 (2), 393 (3), 365 (4) etc., du Code d'Instruction criminelle.

La jurisprudence s'est au contraire refusée à voir une formalité substantielle dans l'absence d'un témoin pendant la lecture de l'acte d'accusation (art. 314 et 315 C. I. C.) (5). En effet, la présence des témoins à la lecture de l'acte d'accusation n'est pas indispensable, parce que

(1) Cass. 16 janvier 1823 (Journ. Pal. t. XVII, p. 820)

(2) Cass. 21 mai 1852 (Bull. crim. no 157).

(3) Cass. 10 août 1826 (J. P. t. 20, p. 797).

(4) Cass. 24 juillet 1828 (J. P. t. 22, p. 118).

(5) Cass. 7 janvier 1842 (S. 42. 1. 882).

ce n'est pas dans ce document qu'ils puisent les éléments de leurs dépositions, La déposition est un acte spontané, personnel, qui se compose d'impressions et de souvenirs et qui n'a de valeur que pour celui qui l'accomplit.

Mais peut-être a-t-elle été moins bien inspirée en ne considérant pas comme une forme substantielle le fait par un greffier de n'avoir pas tenu note des principales déclarations d'un témoin en matière correctionnelle et de simple police (art. 189 C. Inst. crim.) (1)

Cette disposition a cependant son importance : Il n'est pas en effet sans intérêt que les dépositions soient relatées avec soin dans le procès-verbal, tant pour permettre aux magistrats d'appel de statuer en connaissance de cause, que pour établir dans certains cas la fausseté des allégations, et permettre au besoin une révision du procès.

Elle a considéré de même que la lecture des textes du Code pénal n'est pas requise à peine de nullité, si par exemple l'accusation renferme plusieurs chefs distincts de celui à propos duquel la nullité a été commise, et si la peine prononcée peut se justifier par les autres chefs. Il s'agissait en l'espèce d'un arrêt non motivé contrairement aux prescriptions de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, mais cette irrégularité n'avait pu préjudicier à l'accusé et n'avait pas influé sur la position des questions et sur le débat. (2)

(1) Cass. 30 novembre 1815 (S. 1816. 1. 265).

(2) Cass. 27 juin 1867 (Bull. n. 147).

En général est réputée omise en matière criminelle toute formalité dont l'accomplissement n'est pas régulièrement et formellement constatée dans le procès-verbal, qu'aucune sorte de preuve ne peut d'ailleurs suppléer. Si, par conséquent le procès-verbal était muet sur l'accomplissement d'une formalité prescrite à peine de nullité ou considérée comme essentielle, ce silence entraînerait la nullité du procès-verbal et l'annulation des débats.

Il est donc indispensable que le procès-verbal mentionne à peine de nullité les formalités relatives à la présence de l'accusé pendant les débats, à la composition du jury, au serment des jurés, des interprètes et des témoins, au droit laissé à l'accusé de prendre la parole le dernier, au mode de position des questions, à tout ce qui concerne la délibération et la déclaration du jury. Il doit faire preuve de la composition légale de la Cour d'assises, de la présence du magistrat représentant le ministère public, du concours du greffier à tous les actes de procédure où sa présence est nécessaire ; il doit attester qu'il a été donné un conseil à l'accusé, que des experts ont été nommés, qu'ils ont prêté serment, sur quels faits portait leur mission, de quelle façon la Cour a déféré au désir exprimé par l'accusé qu'un témoin qui venait d'être entendu se retirât pendant l'audition d'un autre témoin. Il doit porter en outre que la clôture des débats a été prononcée par le président, que l'audience a été publique, et le ministère public entendu sur tous les incidents, qui au cours des débats donnent lieu pour la Cour au prononcé d'un arrêt.

Nous venons de voir comment la jurisprudence avait été amenée à l'occasion des espèces qui lui avaient été soumises, à reconnaître à telle forme de procédure le caractère de forme substantielle ou secondaire ; il nous reste maintenant à examiner une question particulière aux matières de simple police et correctionnelle.

L'article 413 du Code d'instruction criminelle est ainsi conçu : « Les voies d'annulation exprimées en l'article 408 sont en matière correctionnelle et de police respectivement ouvertes à la partie poursuivie pour un délit ou une contravention au Ministère public et à la partie civile, s'il y en a une, contre tous les arrêts et jugements en dernier ressort, sans distinction de ceux qui ont prononcé le renvoi de la partie ou sa condamnation. Néanmoins, lorsque le renvoi de cette partie aura été prononcé, ou ne pourra se prévaloir contre elle de la violation ou omission de formes prescrites pour assurer sa défense. »

On le voit, l'article 413 ouvre à la partie civile un droit égal à celui des autres parties, et lui permet d'exercer ce droit même contre le prévenu acquitté ou absous. Les travaux préparatoires expliquent ainsi cette extension : « En matière correctionnelle et de simple police les intérêts civils méritent plus de considération, parce qu'ils y jouent un rôle plus considérable, et de là est née quand à l'exercice des actions résultant des nullités, la distinction établie par le projet : Dans la catégorie des matières de simple police et correctionnelle, à moins qu'il ne s'agisse de la violation ou omission de formes spécialement prescrits pour assurer

la défense du prévenu, la partie civile peut comme ce dernier et avec la même latitude demander la cassation d'un arrêt ou d'un jugement en dernier ressort contre lequel il s'élève des nullités et cette faculté commune est assez justifiée par l'intérêt à peu près équivalent des parties. Mais en matière criminelle, si l'on aperçoit encore des intérêts contraires ils sont loin de se balancer, un intervalle immense les sépare, et le législateur en se conformant à la nature des choses ne doit pas accorder de droits de recours égaux à des parties dont la position est si différente. »

Mais la loi met une condition au recours de la partie civile et du Ministère public, c'est qu'ils ne pourront jamais présenter comme moyen de nullité la violation ou l'omission de formes destinées à assurer la défense du prévenu (art. 413 § 2). Ainsi la partie civile ne pourrait pas se prévaloir de ce que le prévenu n'a pas été interrogé (1).

L'interrogatoire du prévenu est en effet une formalité utile à la défense et de la violation de laquelle cette dernière pourrait seule se plaindre. Cette exception faite, la Cour de Cassation se trouve de par le pourvoi de la partie civile saisie du droit « d'apprécier la violation de la loi que cette décision peut présenter et d'admettre même d'office les moyens qui touchent à des principes d'ordre public (2). »

(1) Cass. 18 juin 1856 (Bull. crim. N° 226).

(2) Cass. 4 mars 1850 (Bull. crim. N° 84).

Nous avons vu quelles étaient les conséquences de la violation des formes légales dans le débat oral ; peut-on dire que les nullités qui viciaient la procédure écrite produisent les mêmes effets ? Il ressort des termes de l'article 408 que les nullités de procédure antérieure à l'arrêt de la Chambre des mises en accusation sont couvertes par lui quand il a acquis l'autorité de chose jugée. L'article 408 n'ouvre en recours que contre cet arrêt et non contre les actes antérieurs de procédure ; isolément ces actes ne peuvent être attaqués ; ils ne sauraient l'être qu'avec l'arrêt lui-même qui statue sur l'instruction écrite, et qui en déduit les conséquences, lorsqu'il la trouve régulière.

L'accusé laisse-t-il, par conséquent, s'écouler le délai de cinq jours que lui donne la loi pour attaquer l'arrêt de renvoi (art. 296 Cod. Inst. Crim.), il n'est plus recevable à arguer des irrégularités de la procédure antérieure à cet arrêt. « Attendu, dit la Cour de Cassation que ce moyen (le moyen invoqué par l'accusé) se rattache aux actes de procédure, qui ont suivi l'arrestation du demandeur à l'audience et sont antérieures à l'arrêt de renvoi ; que les prétendues nullités alléguées contre ces actes sont donc couvertes aux termes de l'article 408, puisqu'il n'a été fait ni dans les délais de l'art. 373, ni dans ceux de l'article 296 aucune déclaration de pourvoi contre le dit arrêt (1). »

De cette jurisprudence constante qui décide que des

(1) Cass. 23 décembre 1847, Jour. Pal. t. XX, p. 22.

nullités de la procédure écrite antérieures à l'arrêt de renvoi sont couvertes par cet arrêt, ayant acquis force de chose jugée par suite du défaut de pourvoi, M. Faustin Hélie tire une double conséquence :

1^o Que les nullités dont l'instruction écrite se trouve entachée doivent être relevées par l'arrêt de renvoi.

2^o Que si cet arrêt néglige de les relever ou les écarte irrégulièrement il y a ouverture à cassation.

Dire, en effet, que le défaut de pourvoi couvre les vices de la procédure antérieure à l'arrêt de renvoi, c'est reconnaître *ipso facto* le droit pour les accusés de l'attaquer, quand il se les est appropriés.

Mais nous retrouverons encore ici la même difficulté sur le point de savoir quelles sont les formalités dont la violation ou l'omission peuvent motiver ce recours et celles dont la violation ne peuvent l'autoriser.

La Jurisprudence décide, par exemple, que l'accusé ne pourrait former un pourvoi sur l'application plus ou moins abusive qui lui aurait été faite des moyens d'instruction autorisés par la loi. Le Juge d'instruction connaît ses droits et ses devoirs, il puise dans sa conscience de magistrat la limite des pouvoirs qui lui sont confiés par le Code d'Instruction Criminelle. S'il les viole, il commet un abus de pouvoir, qui peut l'exposer à la révocation ou à des poursuites disciplinaires, mais cet abus de pouvoir ne crée en faveur de l'inculpé aucun moyen de cassation. C'est ainsi que la Cour de Cassation a décidé « que si la mise au secret est une mesure facultative d'instruction, dont la durée comme le motif dépendent des circonstances particulières à chaque affaire; que si cette

mesure rigoureuse doit être strictement renfermée dans la limite de l'intérêt de vérité et de justice qui l'a rendue nécessaire, il n'appartient pas à la Cour d'apprécier si cette limite a été dépassée, d'où il suit que ce grief ne saurait constituer une violation du droit de défense de nature à donner ouverture à cassation (1). »

L'accusé ne pourrait davantage chercher des moyens de nullité dans ce fait « que l'instruction n'aurait pas été complète, qu'elle n'aurait pas été faite à décharge, qu'il n'aurait eu ni le temps ni les moyens de préparer sa défense (2). »

Le contrôle de la Chambre des mises en accusation est souverain sur les mesures d'instruction, mais il y aurait ouverture à cassation, si on avait omis ou violé des formes essentielles, soit à l'exercice des droits de l'action publique, soit à l'exercice des droits de la défense. Il y a violation des formes essentielles à l'exercice de l'action publique, lorsqu'il n'est pas statué sur les réquisitions du Ministère public, ou lorsque les mesures qui résultent de ces réquisitions sont irrégulièrement annulées. La Chambre des mises en accusation d'Aix avait déclaré nulle l'arrestation et ordonné la mise en liberté d'accusés, parce que cette arrestation avait eu lieu sur un bâtiment étranger qu'elle considérait comme un territoire indépendant de la France. Sur le pourvoi du Procureur général, l'arrêt fut annulé : « Attendu que le privilège établi par le droit des gens en faveur des

(1) Cass. (Journ. Crim., t. 19, p. 370).

(2) Cass. 2 février 1831 (Journ. Pal. t. XXIII, p. 1188).

navires amis ou neutres, cesse dès que ces navires, au mépris de l'alliance ou de la neutralité du pavillon commettent des actes d'hostilité; que dans ce cas ils deviennent ennemis, et doivent subir toutes les conséquences de l'état d'agression dans lequel ils se sont placés (1). »

D'autre part, il y a violation des formes essentielles aux droits de la défense, lorsqu'un inculpé est illégalement arrêté, par exemple, ou lorsqu'il est poursuivi sans être mis à même de se défendre, ou qu'étant détenu, il n'ait subi aucun interrogatoire.

C'est ainsi que la Cour de Cassation a décidé que « nul ne peut être jugé ou mis en accusation sans avoir été entendu ou dûment appelé; que, dans le cas d'évocation par une Chambre d'accusation, le Conseiller instructeur est tenu de suivre les mêmes règles que le Juge d'instruction des tribunaux de première instance; qu'aucun mandat de justice n'ayant été décerné contre le demandeur, celui-ci n'a pas été personnellement mis en cause, que le mémoire et les pièces qu'il a produites n'ont pu suppléer au défaut de mandat et à l'absence de tout interrogatoire; d'où il suit qu'en le renvoyant en cet état devant la Cour d'Assises, l'arrêt attaqué a violé les articles 91, 237 et 408 du Code d'instruction criminelle et commis un excès de pouvoir (2). »

Il nous reste maintenant à examiner une dernière

(1) Cass. 7 septembre 1832 (Journ. Pal, t. XXIV, p. 1668).

(2) Cass. 12 février 1835 (Bull. crim. N° 54).

question au sujet des violations de formes qui peuvent entacher l'arrêt de renvoi. Le condamné peut-il tirer un moyen de cassation, des vices que contient l'arrêt de la Chambre des mises en accusation, quand il a négligé de se pourvoir dans les délais contre cet arrêt?

Aux termes de l'article 296 du Code d'instruction criminelle, l'accusé doit être averti par le Président qui l'interroge, qu'il a un délai de cinq jours à peine de déchéance pour former son pourvoi en cassation contre l'arrêt de renvoi; l'article 297 ajoute que s'il n'a pas été averti, son silence ne couvre pas les nullités, que ses droits sont conservés, sauf à les faire valoir après l'arrêt définitif. Mais s'il a omis de se pourvoir, est-il déchu de ce droit pour arguer des irrégularités de procédure contenues dans l'arrêt de renvoi, après l'arrêt définitif?

Il résulte de la combinaison des articles 299 et 408 que même dans l'hypothèse du défaut de pourvoi dans le délai de cinq jours, l'accusé et le Ministère public peuvent relever après l'arrêt définitif les omissions ou violations de formes que l'arrêt de renvoi peut contenir.

Mais ces nullités ne peuvent pas remonter plus haut que l'arrêt de renvoi lui-même, et tous les actes de poursuite antérieure sont couverts par lui (1).

La règle qui veut, que les vices dont la procédure écrite peut être entachée, n'aient aucune influence sur la condamnation issue d'un débat oral trouve aussi une

(1) Cass. 7 décembre 1865 (Bull. N° 248).

application en matière de simple police et correctionnelle (art. 408 § 2 et 413, C. I. C.).

Mais on pourrait néanmoins s'en prévaloir devant la Cour de Cassation si on les avait invoqués déjà devant les juges du fond, et que ces derniers en aient fait une appréciation légale. La Chambre criminelle a rejeté le pourvoi d'un condamné, qui arguait de l'illégalité de son arrestation, parce qu'il n'avait soulevé ce moyen, ni en première instance, ni en appel « attendu, dit l'arrêt, que le demandeur n'a élevé aucune réclamation, ni en première instance, ni en appel sur la prétendue illégalité de son arrestation; qu'il est dès lors non recevable à proposer ce moyen devant la Cour; que l'article 97 du Code d'instruction criminelle n'attache point en surplus à son inobservation la peine de nullité, et que d'ailleurs le demandeur ayant subi l'interrogatoire devant le juge d'instruction dans le délai fixé par la loi a nécessairement et réellement connu le motif de son arrestation (1). » Sans examiner la question de savoir si les prescriptions de l'article 97 Cod. inst. crim. sur le devoir qu'ont les agents de la force publique d'exhiber les mandats qu'ils exécutent est une formalité substantielle, la Cour de Cassation repoussait avec raison le moyen présenté par le condamné.

Un condamné ne serait pas davantage recevable à se prévaloir pour la première fois devant la Cour de Cassa-

(1) Cass. 31 janvier 1834 (J. P., t. XXVI, p. III).

tion de ce que le greffier qui a assisté le juge d'instruction n'était pas assermenté (1).

Dans toutes ces hypothèses le débat oral a vivifié les nullités qui ont pu se produire au cours de la procédure écrite, et que l'inculpé n'a pas cru devoir relever.

Mais si la formalité entachée de nullité se retrouvait dans le jugement, et qu'elle eût servi de preuve, elle pourrait être invoquée en tout état de cause, parce que le Tribunal en se l'appropriant lui a donné une vitalité nouvelle (2).

Serait-il possible de se pourvoir en cassation contre une nullité de procédure qui aurait été relevée en première instance, mais qu'on aurait négligé d'invoquer en appel ? L'article 2 de la loi du 29 avril 1806 répond à cette question. Il porte en effet que le prévenu en police correctionnelle ne sera pas recevable à présenter comme moyen de Cassation les nullités commises en première instance, et qu'il n'avait pas opposées devant la Cour d'appel, en exceptant seulement la nullité pour cause d'incompétence. Le Code d'instruction criminelle n'a point abrogé cette disposition, que la jurisprudence a même étendue aux matières de simple police, c'est ainsi qu'un condamné ne pourrait pas se prévaloir devant la Cour de Cassation de la nullité d'une citation, qui a saisi les premiers juges, s'il a négligé de relever cette nullité en appel (3).

(1) Cass. 3 novembre 1842 (Bul. crim. n° 289).

(2) Cass. 25 octobre 1824 (J. P., t. 18, p. 1607).

(3) Cass. 14 août 1841 (Bul. crim. n° 250).

Nous venons d'examiner un certain nombre de nullités, qui peuvent vicier une procédure pénale, ces nullités peuvent être invoquées non seulement par les parties, mais la Cour de Cassation elle-même, régulièrement saisie, a le droit de les relever d'office. Ce droit de constater les vices de forme rentre tout-à-fait dans sa mission ; son contrôle s'exerce en effet sur toutes les parties du droit pénal, qu'elle soit saisie de l'affaire par le ministère public, le condamné ou la partie civile (1).

Mais il peut se faire que de nombreuses formalités aient été méconnues et violées et que les condamnés n'aient pas songé à former un pourvoi en Cassation.

Est-il possible de laisser impunies et sans aucune sanction une violation ouverte de la loi ? Le Code d'instruction criminelle a prévu le cas, et à côté du pourvoi des parties intéressées, il a organisé le pourvoi du Procureur général près la Cour de Cassation (art. 442 C. I. C.), celui du ministère public près la Cour d'assises en cas d'acquittement de l'accusé (art. 409 C. I. C.) mais dans l'intérêt de la loi seulement, et le recours en annulation sur l'ordre du Garde des Sceaux (2).

Le pourvoi en annulation sur l'ordre du Garde des Sceaux se distingue de celui du Procureur général en ce

(1) Cass. 9 mars 1850 (Bul. com. n° 84).

(2) Ce que nous disons à propos de la violation des formes de procédure a une portée générale et peut s'appliquer également à l'incompétence, l'excès de pouvoir et à la violation de la loi pénale quant au fond.

qu'il peut être formé avant que les délais accordés aux parties en cause pour se pourvoir soient expirés, qu'il peut-être dirigé non seulement contre les jugements et arrêts, mais encore contre tous actes judiciaires et, en outre qu'il peut, dans une certaine opinion, profiter aux condamnés sans leur être nuisible, et sans que ses effets puissent être invoqués pour ou contre la partie civile. (1) En un mot ce qui différencie ces deux recours, c'est que le premier est intenté dans un but purement théorique pour le redressement d'une erreur de droit commise par les tribunaux, tandis que le second d'une portée plus haute est un ordre émané du gouvernement pour faire cesser un état de choses préjudiciable à la bonne administration de la justice.

Il arrivera donc souvent que les condamnés qui ont négligé la voie de la Cassation bénéficieront des effets du recours en annulation sur l'ordre du Garde des Sceaux, quand une procédure entachée de vices est déférée à la Cour de Cassation par ce dernier.

Nous avons dit que le ministère public près les Cours d'Assises était armé du même droit que le procureur général près la Cour de Cassation. Il peut en cas d'acquiescement former lui aussi un pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi (art. 409 C. I. C.) Il serait à ce propos intéressant d'examiner ce qui arriverait si en présence d'un verdict affirmatif, le président des Assi-

(1) Voir sur les effets du recours en annulation du Garde des Sceaux le réquisitoire du Procureur général Dupin précédant l'arrêt du 29 août 1839 (S. 1839, 1. 399).

ses rendait une ordonnance d'acquiescement. Le ministère public pourrait-il dans ce cas former un pourvoi purement théorique, ou son recours aurait-il au contraire des effets contre l'accusé ?

Dans deux espèces, intéressantes à raison même de la rareté d'une pareille situation, la jurisprudence a décidé que l'article 409 cessait d'être applicable, que l'ordonnance d'acquiescement était nulle, et le pourvoi du ministère public efficace contre l'accusé.

Il s'agissait dans l'une de nos espèces d'une poursuite de faux et usage de faux ; le jury avait répondu négativement sur la question de faux et affirmativement sur la question d'usage de faux. Le président des Assises considérant que la réponse affirmative était détruite par la réponse négative sur la question de faux avait rendu une ordonnance d'acquiescement. Le ministère public se pourvut contre cette ordonnance et avec succès. En effet, si la lettre de l'article 409 C. I. C. n'autorise le ministère public qu'à se pourvoir dans l'intérêt de la loi, il ne saurait être de même en présence d'une violation flagrante de la loi. (1) Ici l'ordonnance d'acquiescement laisse entière la culpabilité de l'accusé et ne purge pas l'accusation, « Attendu, dit un arrêt du 27 novembre 1884 (Bull. crim. n° 322) que, si aux termes de l'article 409 C. I. C. l'annulation d'une ordonnance d'acquiescement et de ce qui l'a précédée ne peut être poursuivie par le ministère public que dans l'intérêt de la loi et sans préjudicier à la personne acquit-

(1) Cass. 7 mai 1851 (D. 1852.5.80)

tée, cette règle ne trouve son application qu'au cas où l'acquiescement a été prononcé conformément à l'article 358 du Code précité, c'est-à-dire au vu d'un verdict régulier déclarant l'accusé non coupable sur tous les chefs d'accusation. »

Il serait en effet illégal de laisser bénéficier un accusé d'une pareille surprise, que l'article 409 C. I. C. n'a jamais entendu couvrir.

CHAPITRE II

DU REFUS OU OMISSION DE STATUER SUR LES RÉQUISITIONS OU CONCLUSIONS.

Cette ouverture a cassation est contenue dans l'article 408 § 2 du Code d'instruction criminelle qui annule les jugements et arrêts « lorsqu'il aura été omis ou refusé de prononcer soit sur une ou plusieurs demandes de l'accusé, soit sur une ou plusieurs réquisitions du ministère public, tendant à user d'une faculté ou d'un droit accordé par la loi, bien que la peine de nullité ne fut pas textuellement attachée à l'absence de la formalité dont l'exécution aura été demandée ou requise. »

L'article 413 l'étend aux matières correctionnelle et de police. Il est facile de se rendre compte de l'objet de cette prescription : On a voulu rendre impossibles les dénis de justice en imposant aux magistrats l'obligation de statuer sur toutes les demandes incidentes qui peuvent se produire au cours des débats. En pratique il sera très rare de voir un tribunal s'exposer à la cassation de la décision qu'il a rendue par un refus formel de

statuer, le plus souvent le refus sera implicite soit parce qu'il aura omis de répondre aux conclusions posées, soit parce que les motifs qu'il aura donnés seront insuffisants, nous verrons plus loin que l'omission de statuer n'est pas toujours forcément un cas de cassation. (1)

Mais que faut-il entendre par réquisitions ou conclusions? Sous quelle forme doivent-elles se produire pour contraindre un tribunal à en tenir compte et à statuer sur elles? Les conclusions ou réquisitions dont parle la loi ne sont autre chose qu'un développement juridique, présenté par la défense ou l'accusation sur un point précis et déterminé. C'est à bon droit que la Cour de Cassation s'est refusée à voir de véritables conclusions dans le fait de la part d'un défenseur de dire qu'il prend des conclusions sans dire ni en quoi elles consistent, ni à qui il les adresse: « attendu, dit la Cour de Cassation, que, lorsqu'après avoir demandé au Président de la Cour d'Assises d'user de son pouvoir discrétionnaire pour limiter la déposition de certains témoins aux seuls faits de l'accusation, le défenseur de l'accusé sur le refus fait par le Président d'user ainsi de ce pouvoir a dit qu'il prenait des « conclusions formelles » et n'a expliqué ni en quoi elles consistaient, ni à qui il les adressait; qu'ainsi la Cour d'Assises, d'ailleurs incompétente en cette matière n'a pas eu à délibérer; Rejette etc., » (2)

(1) Cass 10 janvier 1891 (D. 91. 1. 327.)

(2) Cass. 8 avril 1843 (S. 1843. 1. 619.)

il en serait de même et on ne pourrait assimiler à de véritables réquisitions l'observation du ministère public tendant « à prier la Cour » d'examiner un doute qu'il émet : « attendu que dans l'espèce le ministère public s'est borné à prier la Cour d'examiner si le premier paragraphe de l'article 317 du Code Pénal n'excluait pas l'application de l'article 2 du même Code et à « requérir » dans le cas où celle-ci croirait le fait punissable, l'application de la loi pénale ; attendu qu'on ne peut assimiler aux réquisitions dont parle l'article 408 du Code d'Instruction criminelle ces simples observations, qui n'ont pas fait la matière d'une réquisition expresse et formelle. » (1)

Les réquisitions et conclusions présentées par les parties sont généralement écrites et signées, mais bien que l'article 277 du Code d'Instruction Criminelle exige la signature du Procureur général au bas des réquisitions prises par lui au cours des débats, la Jurisprudence ne considère pas que la forme écrite donnée aux conclusions soit essentielle (2), pourvu qu'on se trouve en présence de véritables conclusions et réquisitions. Mais on comprendra l'importance de la forme écrite, car c'est le seul moyen de constater ces conclusions et réquisitions, et d'attaquer plus tard le jugement ou l'arrêt, qui auraient négligé d'y répondre. La Cour de Cassation a souvent

(1) Cass. 8 décembre 1860 (Bull. crim. n° 269.)

(2) Cass. 28 juin 1832 (S. 1833. 1. 245); — 12 décembre 1840 (S. 40. 1. 948).

rejeté des pourvois parce qu'il n'apparaissait pas à la lecture du dispositif que des conclusions eussent été prises au cours des débats (1).

Quel sens faut-il donner maintenant à l'article 408 § 2 du Code Instruction Criminelle? L'omission ou le refus de statuer sont-ils par eux-mêmes, par eux seuls une cause d'annulation? Nous croyons qu'une distinction s'impose. Si l'on se trouve en présence d'un refus formel de statuer (ce qui dans la pratique sera très rare), si à des conclusions de la défense ou des réquisitions du Ministère Public la Cour ou le Tribunal se contentent de passer outre sans répondre, ils commettent alors un véritable déni de justice, qui entraîne par lui-même la cassation, que l'on ait, ou que l'on n'ait pas entravé l'exercice d'une faculté ou d'un droit. C'est ce qu'un arrêt du 19 juillet 1838 (Bull. Crim., n° 229) fait très bien ressortir : « Attendu, dit cet arrêt, que des conclusions avaient été prises par le défenseur de l'accusée A... G..., tendant à ce que la question d'homicide par imprudence fut posée au Jury; que ces conclusions établissaient un contentieux sur lequel le Ministère Public devait être entendu, et sur lequel la Cour d'Assises devait statuer; que cependant le procès-verbal constate qu'aucune décision n'est intervenue sur cet incident, ce qui constitue une violation formelle de l'article ci-dessus visé. Par ces motifs et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens, la Cour casse et annule

(1) Cass. 22 mars 1872 (S. 1872. 1. 310).

les débats, la déclaration du Jury et l'arrêt rendu par la Cour d'Assises du Bas-Rhin, etc. » Ainsi sans examiner si le refus de poser au Jury la question d'homicide par imprudence constituait pour l'accusée la violation d'une faculté ou d'un droit, la Cour de Cassation a fort justement estimé que le silence opposé par la Cour d'Assises du Bas-Rhin aux conclusions de la défense était par lui-même suffisant pour entraîner l'annulation de la procédure.

Si, au contraire, le Tribunal ou la Cour dans la réponse qu'ils font aux conclusions de la défense et aux réquisitions du Ministère Public donnent des motifs insuffisants, obscurs ou contradictoires, en un mot commettent un refus implicite de statuer, cela ne suffirait pas pour assurer le succès du moyen de cassation tiré du § 2 de l'article 408 C. I. C., il faut que le jugement ou l'arrêt ait entravé l'exercice d'une faculté ou d'un droit.

Reste maintenant à dire ce que le Code d'Instruction Criminelle entend par faculté ou droit. La loi déclare elle-même, qu'il n'y a pas de corrélation entre les formalités substantielles, auxquelles elle attache la sanction de la nullité, et l'exercice d'une faculté ou d'un droit (art. 408). Aussi croyons-nous pouvoir dire que chaque fois qu'une formalité utile à la défense, nécessaire à la justification des inculpés a été méconnue ; que chaque fois que la poursuite a été entravée ou paralysée dans son action ou son initiative, les conditions de l'article 408 § 2 sont réalisées et la cassation doit s'ensuivre. C'est la mission de la jurisprudence de dé-

cider à mesure que les espèces se présentent à son contrôle dans quels cas on se trouve en présence de la violation d'une faculté ou d'un droit.

Ainsi l'omission de statuer n'entraînerait pas la cassation sur une demande de l'accusé tendant à ce qu'un mémoire par lui produit fut paraphé par un témoin et annexé à la procédure. Il s'agit en effet ici d'une mesure dont le Président est juge et qu'il peut repousser ou admettre en vertu de son pouvoir discrétionnaire (1).

Il en serait de même si l'accusé voulait tirer un grief du refus de statuer sur une demande tendant à ce qu'une personne présente à l'audience fut entendue en vertu du même pouvoir discrétionnaire (2), ou s'il voulait arguer du refus du Président de la Cour d'Assises d'interroger un témoin à décharge sur ce qu'il pense d'un témoin à charge (3).

Mais si le droit ou la faculté prétendus affectaient un intérêt sérieux, refuser de le reconnaître malgré l'opposition élevée, ce serait plus qu'une mauvaise décision ce serait une violation de la loi motivant l'annulation (4).

Il en serait ainsi, si un arrêt ordonnait l'audition de témoins, dont la liste n'aurait pas été notifiée à l'accusé et passait outre à ses protestations : « Attendu, dit la Cour de Cassation, que l'article 408 qui garantit aux

(1) Cass. 11 avril 1817 (Journ. Pal., t. XIV, p. 176).

(2) Cass. 27 juin 1817 (Bull. crim. No 137).

(3) Cass. 28 mai 1813 (Journ. Pal.).

(4) Nauguier, la Cour d'Assises, t. 4, p. 4065.

accusés et au Ministère public que leurs demandes ou réquisitions ne seront point négligées, ne déclare point irréfragables les décisions rendues sur ces demandes ou réquisitions ; que dans l'espèce l'opposition des demandeurs était fondée sur le texte de la loi, et qu'en la rejetant, la Cour d'Assises a expressément violé les articles 315 et 334 du Code d'instruction criminelle et entravé le droit de défense (1). »

La même solution s'imposerait si l'on empêchait l'accusé d'interpeller un témoin parce que cette interpellation pourrait compromettre le témoin (2), ou si le Ministère public ayant demandé dans les réquisitions que procès-verbal fut dressé d'un fait qui s'était passé à l'audience, la Cour d'Assises négligeait de répondre (3).

Ainsi, il n'y a pas lieu à cassation (à moins d'un refus formel) si l'omission de statuer, n'entrave pas l'exercice d'une faculté ou d'un droit : Sous l'empire de la législation du Code de brumaire, an IV (art. 256, N° 3), au contraire, il suffisait que l'accusé ou le Ministère public eussent requis l'exécution d'une formalité et que cette formalité n'eut pas été remplie pour entraîner l'annulation de la procédure. Un arrêt du 14 novembre 1811 (Journ. Pal.) met très-bien cette idée en relief : « Lorsqu'un accusé demande à user d'une faculté ou d'un droit accordé par la loi, et que par suite il ré-

(1) Cass. 12 avril 1827 (Bull. crim. N° 80).

(2) Cass. 18 septembre 1824 (Bull. crim. N° 318).

(3) Cass. 14 novembre 1811 (Journ. Pal.).

clame l'observation d'une formalité prescrite par le Code d'instruction criminelle, mais non à peine de nullité, la Cour d'Assises doit nécessairement prononcer sur la demande, mais de quelque manière qu'elle prononce, sa décision étant le résultat d'un pouvoir discrétionnaire ne pourrait être annulée, car il ne serait pas exact de dire que dans le sens de l'article 408 une formalité devienne substantielle et nécessaire par cela seul que son observation est demandée ou requise par l'accusé ou le Ministère public. »

Les principes que nous venons d'exposer sur les omissions ou refus de statuer régissent toutes les juridictions répressives, aussi bien les Tribunaux de police correctionnelle que les Chambres des mises en accusation et les Cours d'Assises.

C'est ainsi que le Tribunal de police qui s'abstient de répondre à des réquisitions du Ministère public par un jugement motivé parce qu'il se considère comme incompetent s'exposerait à la censure de la Cour des Cassation :

« Attendu que, si le Tribunal de police du canton de Noailles était sans caractère pour prescrire dans l'espèce l'exhumation requise par le Ministère public, il n'en devait pas moins être tenu de statuer formellement sur ce point et de motiver sa décision (1). »

La nullité d'un jugement correctionnel résulterait

(1) Cass. 21 août 1835 (D. 1835. 1. 408).

même du refus ou de l'omission de statuer sur un seul chef de conclusions présentées par les parties (1).

Des arrêts des Chambres des mises en accusation ont été cassés pour le même motif. Elles doivent statuer sur les divers chefs d'accusation, relevés dans le réquisitoire, sur les caractères qu'ils affectent et aussi sur les réquisitions, ayant pour objet un supplément d'information ou un apport de pièces.

L'article 217 du Code d'instruction criminelle autorise le prévenu et la partie civile à fournir des mémoires, les Chambres d'accusation sont par suite appelées à statuer sur les conclusions qui peuvent y être contenues.

Est-il besoin d'ajouter que devant la Cour d'Assises, où la procédure devient formaliste par suite de la présence du jury et de la gravité des peines, le même droit existe pour les parties et le Ministère public?

Il y aurait en sens inverse une cause de nullité dans le fait par le juge de prononcer des condamnations non requises par le Ministère public ou des dommages-intérêts non demandés par la partie civile, on se trouverait alors en présence d'un véritable excès de pouvoir.

(1) Cass. 28 décembre 1863 (Bull. No 295).

CHAPITRE III

DE LA CONSTITUTION ILLÉGALE DE LA JURIDICTION

Cette cause d'ouverture à Cassation est, comme l'exception d'incompétence, dirigée contre la juridiction qui a rendu la décision attaquée. Mais tandis que pour l'incompétence, il s'agit d'un empiètement par les juges sur les matières du droit pénal dont ils ne doivent pas connaître, ici l'on incrimine la composition irrégulière du Tribunal, ce qui est à proprement parler plutôt une nullité de forme qu'une nullité de fond.

On comprend aisément toute l'importance de ce moyen de cassation : il n'y a plus aucune garantie de justice, si les juridictions répressives sont irrégulièrement constituées.

La constitution illégale de la juridiction peut résulter soit de ce que le nombre des magistrats requis par la loi ne composaient pas le tribunal la Cour, soit de ce que les mêmes magistrats n'assistaient pas à toutes les audiences que nécessitait une affaire.

Ce cas de cassation résulte de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 qui déclare nuls « les arrêts qui ne sont

pas rendus par le nombre de juges présents ou qui ont été rendus par des juges qui n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause. »

Il découle en outre virtuellement des articles 141, 180, 200, 299, 208 et 253 du Code d'Instruction criminelle et l'article 299 et 4 les mentionne parmi les causes de nullité de l'arrêt de renvoi. Sans vouloir ici passer en revue la composition de tous les tribunaux répressifs, rappelons que le tribunal de simple police est tenu par le juge de paix du canton qui remplit seul les fonctions, qui lui sont attribuées par l'article 141 C. I. C. Serait nul par conséquent un jugement rendu par le juge de simple police sur les dépositions, entendues par son suppléant. (1)

Aux termes de l'article 180 du Code d'Instruction criminelle, (2) le tribunal correctionnel doit être composé d'au moins trois juges, mais il y aurait lieu à cassation si d'autres magistrats prenaient part à la délibération ou bien si les juges qui ont concouru à l'affaire ne se trouvaient pas présents à toutes les audiences où la cause est débattue. (3)

La Chambre des appels correctionnels ne peut siéger que si elle est composée d'au moins cinq conseillers. (4) Il y aurait par conséquent ouverture à cassation, si pour compléter la Cour on avait appelé inutilement un

(1) Cass. 13 septembre 1811 (Journ. Pal)

(2) Cass. 1^{er} article 3 de la loi du 30 août 1883.

(3) Cass. 20 novembre 1839 (Bull. crim. n° 133)

(4) Loi du 30 août 1883, article I.

sixième conseiller, ou si par exemple un des conseillers n'avait pas assisté à la lecture du rapport. (1)

Les Cours d'Assises se composent de trois conseillers, dont l'un remplit les fonctions de président, quand elles se tiennent au chef-lieu d'une Cour d'Appel (252 C. I. C.); d'un conseiller et de deux juges quand il n'y a pas de Cour au chef-lieu du département (253 C. I. C.) Le ministère public est représenté soit par le procureur général près la Cour d'Appel, l'avocat général ou le substitut du procureur général, soit par le procureur de la République ou l'un de ses substituts, quand la Cour d'Assises ne se tient pas au même lieu que la Cour d'Appel.

Quant au recrutement, à la composition du jury, à la formation des listes de session, aux causes d'exclusion et d'incapacité, tous ces détails sont prévus par la loi du 21 novembre 1872, les articles 309, 342, 393 et 394 du Code d'instruction criminelle. D'autres dispositions éparpillées dans le même Code assurent la tenue de l'audience et la procédure applicable au jury pendant les débats.

Il y aurait lieu d'annuler la procédure si au cours de l'audience et après la déclaration du jury un des assesseurs venait à se retirer et se faisait remplacer par un autre assesseur qui n'aurait pas assisté aux débats.

Les juridictions d'exception sont soumises à des règles identiques; les articles 2 de la loi du 8 juin 1857 et 3 du 9 juin 1858 organisent la composition des Conseils de guerre; toute infraction sur ce point donne lieu à un pourvoi en révision.

(1) Cass. 2 août 1833 (Journ. Pal.)

Le ministère public, est un élément essentiel de toute juridiction répressive. Ces tribunaux ne peuvent fonctionner qu'avec la présence du magistrat représentant le Parquet. Il y a donc lieu d'annuler tout jugement où la présence du magistrat représentant le ministère public n'est pas constatée (1). Mais il n'est pas nécessaire que ce soit le même magistrat qui ait assisté aux débats depuis le commencement jusqu'à la fin, parce que les membres du ministère public sont solidaires et qu'ils ne prennent pas part aux délibérations du tribunal (2).

La présence du greffier est également nécessaire à tous les actes de la procédure à peine de nullité (3).

On voit que la loi a voulu par toutes ces prescriptions sur la composition des tribunaux donner de fortes garanties aux justiciables. Il ne serait pas admissible que des jugements fussent rendus par des juridictions incomplètes ; de même il est indispensable que les mêmes magistrats aient assisté à toutes les phases de l'affaire pour avoir au moment de la délibération et du jugement tous les éléments d'appréciation voulus.

Il y a cependant une exception aux principes que nous venons de signaler. Quand, après cassation une affaire est renvoyée devant une autre Cour, la procédure aux termes de l'article 408 n'est annulée qu'à partir du plus ancien acte nul ; donc, si après cassation la déclai-

(1) Cass. 3 janvier 1838 (P. 39.2.527).

(2) Cass. 10 avril 1827 (P. 39.2.256).

(3) Cass. 11 août 1838 (P. 38. 1. 327).

ration du jury est maintenue, ce sont d'autres magistrats que ceux qui ont assisté aux débats, qui sont chargés de faire l'application de la loi pénale.

Des tempéraments ont été apportés par la jurisprudence à la règle qui veut que les mêmes magistrats assistent à toutes les audiences nécessitées par une même cause. Ainsi il n'y aurait pas lieu à cassation si à la première audience à laquelle un des juges, qui postérieurement a siégé, n'a pas figuré il n'avait été rendu qu'un jugement de remise de cause (1), ou s'il n'a été prononcé que sur une récusation (2), ou s'il n'a été ordonné que des mesures préparatoires (3).

Il y n'aurait pas davantage de nullité, si le nom d'un juge qui n'a pas siégé dans l'affaire se trouvait par erreur parmi les signataires du jugement, et qu'il fut établi qu'il n'a participé ni au délibéré ni au prononcé du jugement (4).

(1) Cass. 3 mai 1849 D. 49. 5. 261; 8 août 1878 (S. 79. 1. 50.)

(2) Cass. 13 janvier 1849 (Bull. crim. n° 141).

(3) Cass. 9 décembre 1819 (J. P. t. X, p. 616).

(4) Cass. 12 septembre 1851 (Jour. crim. t. XIII, p. 357).

CHAPITRE IV

DU DÉFAUT DE PUBLICITÉ DES AUDIENCES.

Un des premiers soins de l'Assemblée Constituante fut de faire de la publicité la règle de tous les débats criminels. Le décret des 8-9 octobre 1789 l'avait introduite dans les formes provisoires qu'elle instituait. L'article 14 du titre 2 des 16-24 août 1790 décide à son tour « qu'en toute matière, civile ou criminelle, les plaidoyers, rapports ou jugements seront publics » et dans l'article 16 il est dit que « la procédure par jurés aura lieu en matière criminelle, l'instruction sera faite publiquement, et aura la publicité qui sera déterminée. »

Cette nécessité de la publicité des débats s'est tellement fait sentir qu'on en a fait une maxime constitutionnelle. On la trouve successivement reproduite dans l'article 208 de la constitution du 5 Fructidor an III, l'article 64 de la Charte en 1814, l'article 55 de la Charte de 1830 et l'article 81 de la Constitution de 1848.

Le défaut de publicité est donc un cas de Cassation qui, chaque fois qu'il est constaté, entraînera nécessairement l'annulation de la procédure.

Le texte en vigueur est l'article 7 de la loi du 2 avril 1810 qui dispose que les jugements qui n'ont pas été rendus publiquement seront annulés.

Le principe de la publicité est applicable à toutes les juridictions répressives, sauf à la Chambre des mises en accusation (art. 153, 190, 309 C. inst. crim.)

Il reste maintenant à définir la publicité; c'est selon Fanstin Hélie « l'accès de l'auditoire librement assuré au public. »

Dans quel cas y a-t-il lieu de casser un jugement pour défaut de publicité? Sans entrer dans l'analyse de toutes les espèces que la Cour de Cassation a eu l'occasion d'examiner, nous pouvons citer un arrêt du 27 juillet 1855 qui annule un jugement rendu par un juge de simple police, parce que ce dernier après avoir fait une visite de lieux avait rendu son jugement séance tenante « attendu, dit l'arrêt, que l'article 42 du Code de procédure civile qui permet au juge de paix procédant en matière civile de juger sur le lieu même sans déssemparer n'est point applicable en matière de police ;

Que la solennité des formes des tribunaux répressifs ne saurait se concilier avec un mode de procéder qui n'assurerait pas à la justice toutes les garanties établies par la loi ; que notamment l'article 153 veut que l'instruction de chaque affaire soit publique à peine de nullité, et que la condition de publicité ne pourrait être réalisée sur les lieux telle qu'elle est exigée par la loi ; que les jugements du tribunal de police ne peuvent être

rendus que dans l'auditoire qui lui est affecté. » (1)

Il est évident que cette audience en plein air ne réalisait pas les conditions de publicité exigées par la loi. Le principe de la publicité des audiences ne fléchit que dans le cas où les tribunaux l'auraient expressément déclarée dangereuse pour l'ordre et les bonnes mœurs. C'est la mesure huis clos. Les Chartes de 1814, de 1830 (art. 55), la Constitution de 1848 (art. 81) ont étendu les dispositions de l'article 87 du Code de procédure civile sur ce point aux matières de simple police correctionnelle et criminelle.

Mais en prescrivant le huis-clos le jugement ou l'arrêt doit nécessairement motiver la nécessité de cette mesure. Il faut une déclaration formelle que la publicité offre un danger pour l'ordre public et les bonnes mœurs « Attendu, dit la Cour de Cassation, qu'aucune déclaration motivée de la nécessité d'une telle mesure (le huis-clos) ne saurait se trouver dans la simple mention de la nature de l'affaire; que, s'agit-il même dans l'espèce d'une prévention d'outrage public à la pudeur ce délit comporte des appréciations diverses pouvant faire maintenir la règle ou motiver une dérogation; attendu dès lors que la Cour d'Appel de Bordeaux en s'abstenant de motiver son arrêt incident a violé les textes de lois ci-dessus visés, ce qui entraîne la nullité des débats et de l'arrêt sur le fond (2). »

(1) Cass. 27 juillet 1855 (Bull. crim. n° 265)

(2) Cass. 3 janvier 1880 (S. 80. 1. 285).

Il peut surgir au cours des débats criminels des incidents divers, qui ne se rattachent pas directement aux faits pour lesquels le huis-clos a été prononcé.

La Jurisprudence de la Cour de Cassation a toujours décidé que, quand ces faits avaient un caractère contentieux, l'arrêt qui les tranche devait être rendu publiquement « attendu, dit un arrêt du 9 octobre 1879, que les jugements et arrêts doivent à peine de nullité être rendus publiquement; que l'exception établie pour les cas où la publicité serait dangereuse pour l'ordre ou les mœurs ne peuvent être étendus aux arrêts qui statuent sur les incidents élevés dans le cours des débats, et dont la publicité ne saurait dans aucun cas être considérée comme présentant un danger pour l'ordre et les mœurs;

Attendu que l'incident sur lequel la Cour a statué par cet arrêt avait un caractère contentieux; qu'en effet, il s'agissait de savoir si l'audition d'un témoin était ou non nécessaire à la manifestation de la vérité, et que, par suite les droits de la défense aussi bien que ceux de l'accusation se trouvaient mis en cause; attendu néanmoins que l'arrêt dont il s'agit n'a pas été prononcé publiquement... qu'il y a dès lors violation de l'article 7 de la loi de 1810, etc. (1). »

On le voit, le huis-clos est une mesure d'exception qui doit être limitée au strict minimum; aussi la Cour de Cassation a-t-elle annulé les procédures entachées du vice de clandestinité, par exemple, un arrêt rendu au

(1) Cass. 9 octobre 1879 (S. 80. t. 232).

cours de huis-clos qui statuait sur l'opposition du Ministère Public à ce que la femme de l'accusé fut entendue comme témoin (1), un arrêt qui rejetait une demande de renvoi à une autre session (2); un arrêt qui décidait que des pièces relatives à une poursuite antérieure seraient lues (3).

(1) Cass. 28 juin 1826 (Bul. Crim. n° 32).

(2) Cass. 22 juillet 1852 (Bull. Crim. n° 240).

(3) Cass. 16 juin 1853 (Bull. Crim. n° 212.)

APPENDICE

THÉORIE DES MOYENS NOUVEAUX.

Nous en avons terminé avec l'examen des différentes ouvertures à cassation. Il nous reste maintenant à examiner ce qu'on est convenu d'appeler la théorie des moyens nouveaux. Et tout d'abord qu'est-ce qu'un moyen nouveau? Il y a moyen nouveau dès qu'il s'agit pour soutenir la prétention qu'on émet devant la Cour de Cassation de lui faire apprécier des faits jusque là étrangers à l'affaire et sur lesquels les juges du fond n'avaient pas été appelés à se prononcer.

Mais il n'y a pas de moyen nouveau, lorsqu'on invoque un moyen de droit en se plaçant dans une situation de fait identique à celle qui avait été soumise aux juges du fond.

Les moyens nouveaux se distinguent donc des demandes nouvelles, qui élargissent le procès en amplifiant le but à atteindre ou en le transformant, et des arguments nouveaux, toujours accueillis avec faveur, parce qu'ils ne tendent qu'à justifier avec plus de force les moyens employés.

La Cour de Cassation repousse les moyens nouveaux parce qu'elle n'examine pas la cause comme un troisième degré de juridiction; c'est l'arrêt qu'elle contrôle. Par conséquent les faits ne peuvent être appréciés que dans les termes où ils ont été jugés, et on ne peut y joindre

des questions qui n'ont pas été agitées devant les juges du fond.

C'est ainsi que la jurisprudence considère comme moyens nouveaux : L'exception résultant de l'âge de l'accusé (art. 66, 67 du Code pénal), exception dont la Cour de Cassation accepta tout d'abord la vérification ; (1)

1^o Le fait d'invoquer l'état de démence, s'il n'a été fait aucune demande pour cette constatation aux premiers juges (2).

Le fait d'invoquer pour la première fois devant la Cour de Cassation la nullité d'un mandat d'arrêt, l'illégalité d'une extradition (3), l'irrégularité de la notification d'une liste de témoins. (4) La Jurisprudence s'appuie pour repousser ces moyens, tirés de la violation des formes de procédure, sur l'article 408 C. I. C. qui décide que le défaut de pourvoi contre l'arrêt de renvoi purge les vices de procédure antérieurs à cet arrêt, et sur l'article 2 de la loi du 29 avril 1806, qui déclare que les nullités commises en première instance, et qui n'ont pas été relevées en appel sont définitivement couvertes. (5)

Il appartient donc aux parties à veiller elles-mêmes sur l'accomplissement de certaines formalités sous peine de se voir fermer le recours en cassation.

Il y a cependant une limite à ces fins de non recevoir : Quand il s'agit de moyens qui touchent à l'ordre public,

(1) Cass. 27 février 1845 (S. 45. 1. 544).

(2) Cass. 10 septembre 1831 (Jour. Pal.)

(3) Cass. 28 novembre 1887 (D. 88. 1. 433).

(4) Cass. 4 février 1887 (D. 88. 1. 46).

(5) Cass. 26 novembre 1885 (Gaz. du Pal.)

la Cour de Cassation peut toujours relever certaines irrégularités. Mais la difficulté consiste justement à dire quels sont les moyens qui touchent à l'ordre public. On considère comme telles les atteintes portées aux droits de la défense, à l'ordre des juridictions, (1) au principe du non-cumul des peines, (2) par exemple.

Mais le pouvoir qu'a la Cour de Cassation de relever d'office certaines nullités tenant à l'ordre public, se verrait lui même limité, si l'on se trouvait en présence de ce qu'on appelle le « mélange de fait et de droit » Si, par exemple, on contestait la qualité de chef d'administration à celui qui a porté plainte au nom de cette administration; (3) ou si l'on invoquait la prescription, alors que les juges du fait n'ont pas été à même de statuer sur le point de départ de cette prescription. (4)

(1) Cass. 29 juin 1882 (D. 82. 1. 383.)

(2) Cass. 19 mars 1841 (Dalloz V^o Cassation n^o 1947 et Bull. crim. n^o 72.)

(3) Cass. 25 juillet 1884 (Gaz. Pal. 84. 2. 260.)

(4) Cass. 1 juillet 1878 (Gaz. Pal. 78. 1. 244.)

VU : *Le Président de la thèse,*
LE POITTEVIN.

VU : *Le doyen de la Faculté.*
COLMET DE SANTERRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DES CAS D'OUVERTURE A CASSATION EN MATIÈRE PÉNALE

	Pages
INTRODUCTION.....	5
HISTORIQUE.....	11

PREMIÈRE PARTIE

DE L'EXCÈS DE POUVOIR ET DE L'INCOMPÉTENCE

CHAPITRE I. — Caractères distinctifs de l'excès de pouvoir et de l'incompétence...	33
CHAPITRE II. — De l'excès de pouvoir.....	40
SECTION I. — <i>Critique des actes des fonctionnaires de l'ordre judiciaire ou administratif.....</i>	41
SECTION II. — <i>Injonctions illégales adressées à des inculpés ou à des témoins.....</i>	45

	Pages
SECTION III. — <i>Critique des actes législatifs..</i>	46
SECTION IV. — <i>Méconnaissance de la loi, soit en créant une peine non pré- vue par la législation pénale, soit en omettant ou en refu- sant d'appliquer une peine existante.....</i>	49
SECTION V. <i>Empiètement des juridictions ré- pressives sur les pouvoirs d'une autre juridiction.....</i>	51
CHAPITRE III. — <i>De l'incompétence.....</i>	56

DEUXIÈME PARTIE

VIOLATION DE LA LOI PÉNALE QUANT AU FOND

CHAPITRE I. — <i>Sous quelle forme la violation de la loi pénale peut se présenter.</i>	83
CHAPITRE II. — <i>Des conditions nécessaires pour qu'il y ait violation d'une dispo- sition de fond de la loi pénale.</i>	87
SECTION I. — <i>Première condition : Il faut qu'il y ait une loi en vigueur que les juges devaient appli- quer.....</i>	88
SECTION II. — <i>Deuxième condition : Il faut qu'il y ait une contradiction entre la décision attaquée et la loi.....</i>	91
§ I. — <i>Fausse application de la peine.....</i>	92
N° 1. — <i>Les juges ont acquitté alors qu'ils de- vaient condamner.....</i>	92

	Pages
N° 2. — Les juges ont condamné à raison d'un fait qui ne rentrait pas dans les prévisions de la loi pénale.....	93
N° 3. — La peine prononcée est plus forte ou moins forte que la peine légale.....	94
§ II. — De l'influence de l'erreur de citation du texte sur l'application de la peine....	96
SECTION III. — <i>Troisième condition : Il faut que rien dans les faits particuliers de la cause ne fasse disparaître la contradiction qui existe entre le jugement ou l'arrêt et la loi.....</i>	103
§ I. — De la constatation des faits délictueux ...	104
§ II. — De la qualification illégale des faits.....	112
N° I. — La loi a défini les éléments de l'infraction.....	113
N° II. — La loi n'a pas défini les éléments de l'infraction.....	117
CHAPITRE III. — De la violation des règles légales sur les exceptions et les preuves	126
CHAPITRE IV. — De la contrariété de jugements	132
CHAPITRE V. — Du défaut de motifs dans les jugements et arrêts.....	136

TROISIÈME PARTIE

VIOLATION DES FORMES

CHAPITRE I. — Violation des formes légales proprement dites.....	143
--	-----

	Pages
CHAPITRE II. — Du refus ou omission de statuer sur les réquisitions ou conclusions	174
CHAPITRE III. — De la Constitution illégale de la juridiction.....	183
CHAPITRE IV. Du défaut de publicité des audiences.	188
APPENDICE. — Théorie des moyens nouveaux.....	193



Paris. - Imprimerie TROUBLÉ, 7 *bis*, boulevard de Vaugirard.
